

UiO • Det juridiske fakultet

Hotellets rett eller plikt til å nekte prostituerte gjester overnatting

Kandidatnummer: 757

Leveringsfrist: 25. april. 2014

Antall ord: 16 856



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og bakgrunn for avhandlingen	1
1.2	Presiseringer og avgrensninger	3
1.3	Prostitusjon som fenomen.....	4
1.3.1	Kriminalisering av prostitusjon	5
2	HOTELLETS RETT ELLER PLIKT TIL Å NEKTE PROSTITUERTE GJESTER OVERNATTING	8
2.1	Kontraheringsfrihetsprinsippet	8
3	KONTRAHERINGSPLIKTEN.....	10
3.1	Kontraheringsplikt på grunnlag av diskrimineringsforbudet	11
3.1.1	Rettskildebildet.....	11
3.1.2	Hva er diskriminering?	14
3.1.3	Bevisbyrde	23
3.1.4	Straffeloven § 349 a.....	29
3.2	Kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag.....	33
3.3	Oppsummering.....	36
4	KONTRAHERINGSFORBUDET	38
4.1	Forbudet mot å leie ut lokaler til prostitusjon etter straffeloven § 202.....	39
4.1.1	Det straffbare forhold	39
4.1.2	Hvem som omfattes av forbudet.....	45
4.1.3	Skyldkravet.....	46
4.2	Oppsummering.....	50
5	KONKLUSJON OG AVSLUTTENDE KOMMENTAR.....	52
6	LITTERATURLISTE	54
6.1	Lover	54
6.2	Forarbeider/etterarbeider.....	54

6.3	Rettspraksis	55
6.4	Forvaltningspraksis	56
6.5	Litteratur	56
6.6	Andre kilder	56

1 Innledning

Jeg vil med denne avhandlingen se nærmere på noen av de utfordringer hoteller står ovenfor når prostituerte gjester ønsker overnatting, nærmere bestemt hvilken rett eller plikt hotellet har til å nekte prostituerte overnatting.

Utgangspunktet for de aller fleste hoteller er et ønske om flest mulig gjester for å kunne oppnå en bra fortjeneste. Viktige faktorer for å kunne lykkes med dette er bra markedsføring og et godt rykte. I tillegg er det viktig at gjestene opplever overnattingsstedet som trygt og profesjonelt med en god service, sånn at gjestene trives og ønsker å komme tilbake. På denne bakgrunn kan det oppstå vanskelige situasjoner for hotellbransjen dersom det kommer personer som ønsker overnatting, men som av hotellet oppfattes å kunne true disse faktorene.

Det er mange eksempler på personer som blir avvist i resepsjonen med beskjed om at de ikke kan få overnatte der. Ofte med en falsk begrunnelse om at det dessverre er fullt. Avvisningen skjer blant annet overfor personer som ikke oppfyller bestemte kleskrav som forventes av hotellet, personer som er overstadig beruset eller ruset, eller personer av en bestemt etnisitet. Det kan også være tilfeller der hotellet får mistanke om kriminell virksomhet, som salg av narkotiske stoffer eller prostitusjon.

Opp gjennom historien har mange ulike grupper blitt utsatt for diskriminering i Norge. Denne diskrimineringen har også funnet sted overfor grupper av personer som ønsker å leie overnatting på hoteller. Dette har særlig vært et problem ovenfor prostituerte kvinner.

Personer som blir nektet overnatting oppfatter gjerne avvisningen som belastende, krenkende og diskriminerende. Hvorfor får noen tilgang til en tjeneste som andre blir nektet? Er dette lovlig?

1.1 Tema og bakgrunn for avhandlingen

Som jeg vil redegjøre for nærmere nedenfor, er det ikke ulovlig å selge egne seksuelle tjenester i Norge. Derimot er kjøp av slike tjenester forbudt, og likeså å profitere på andres prostitu-

sjon. Et hotell kan derfor straffes for hallikvirksomhet, ettersom straffeloven blant annet forbyr å leie ut lokaler som man forstår eller burde ha forstått skal brukes til prostitusjon. Samtidig kan et hotell straffes for diskriminering overfor de prostituerte gjestene dersom disse blir nektet overnatting på hotellet, ettersom både straffeloven og diskrimineringslovgivningen forbyr diskriminering på grunnlag av blant annet kjønn og etnisitet. For hoteller og andre overnattingssteder kan det derfor være en vanskelig balansegang mellom det lovlige og det ulovlige i forhold til det å nekte de prostituerte overnatting.

På bakgrunn av det jeg har skissert ovenfor, vil jeg med avhandlingen se nærmere på problemsstillingen om hvilken rett eller plikt et hotell har til å nekte prostituerte gjester overnatting.

Bakgrunnen for mitt valg av problemsstilling og tema er at jeg har vokst opp i turist- og overnattingsbransjen. Da jeg var liten startet mine foreldre en campingplass som tilbyr både oppstillingsplasser, hotellrom og hytteutleie. Med årenes løp har jeg tilbrakt mye tid på dette overnattingsstedet, både på besøk og som ansatt. Jeg har derfor fått et innsyn i og en forståelse for mange av de utfordringer og problemsstillinger man kan møte på i turist- og overnattingsbransjen. Selv om man ønsker å være inkluderende og åpen for alle gjester, er det flere boende gjester som forventer at man nekter enkelte grupper av personer overnatting. Min erfaring er at dette spesielt gjelder overfor romfolket og de prostituerte. Dersom disse gruppene av personer ikke blir nektet overnatting, er det mange andre gjester som velger å reise til et annet overnattingssted der disse gruppene av personer ikke finnes. I tillegg risikerer man negativ omtale. Jeg har kommet over nettstedet som blant annet har skrevet dette om vårt overnattingssted: «Ikke reis dit! Der er det mange Romfolk!» Jeg har også sett andre hoteller og overnattingssteder omtales som en «horeplass». Slike omtaler kan for et overnattingssted være svært ødeleggende. I tillegg har jeg erfart den vanskelige situasjonen man kan havne i når man mistenker eller forstår at det er gjester som arbeider med prostitusjon som ønsker overnatting. Skal vi tillate dem å bo hos oss? Kan vi straffes for å la dem bo hos oss? Hvordan bør vi forholde oss?

1.2 Presiseringer og avgrensninger

Selv om jeg har valgt å fokusere på hoteller i denne avhandlingen, vil de samme problemsstillingene og reguleringene i utgangspunktet gjelde også for andre lignende overnattingssteder, så som pensjonater, herberger, hytteutleier, campingplasser etc.

Dersom et hotell leier ut overnatting av lengre varighet, for eksempel til en student med ett års leiekontrakt, vil husleieloven regulere forholdet. Slike leieforhold velger jeg å avgrense mot. Jeg vil også kun ta for meg hoteller som drives privat, og forutsetter at det ikke foreligger offentlig godkjenning til grunn for virksomheten, og at det følgelig ikke er satt spesielle vilkår til driften.

Et hotell tilbyr gjerne andre varer og tjenester enn kun overnatting. Dette gjelder spesielt servering, enten det dreier seg om frokostservering eller annen servering på restaurant eller i en bar/utested i tilknytning til hotellet. Selv om mange av de samme hensyn og problemsstillinger gjør seg gjeldende i forhold til å nekte noen tilgang til dette, har jeg valgt å begrense oppgaven til kun å ta utgangspunkt i utleie av *overnatting*. Jeg vil derfor ikke komme inn på serveringsloven eller alkoholloven.

Problemsstillingen som dukker opp i forbindelse med retten til å nekte de prostituerte overnatting, er i stor grad den samme som retten til å nekte andre grupper av personer overnatting. Særlig gjelder dette grupper av personer som er vernet etter diskrimineringslovgivningen. Jeg har likevel valgt kun å fokusere på retten eller plikten til å nekte de *prostituerte* overnatting, ettersom det er egne og interessante problemsstillinger som dukker opp i forbindelse med det å leie ut overnatting til denne gruppen. Jeg vil likevel bruke andre diskrimineringsgrunnlag som eksempel og illustrasjon, der dette kan være relevant for min problemsstilling.

Til slutt vil jeg avgrense mot rettsvirkninger som oppstår dersom et hotell ikke overholder sin kontraheringsplikt eller sitt kontraheringsforbud, ved utleie av rom til prostituerte.

1.3 Prostitusjon som fenomen

Prostitusjon anses som et samfunnsproblem, og har hele tiden vært gjenstand for både debatt og moralsk forkastelse. Likevel er prostitusjon et fenomen som eksisterer i de fleste land og kulturer, og noe et samfunn må forholde seg til.

Det har de siste årene skjedd store forandringer i prostitusjonsmarkedene nasjonalt og internasjonalt. Det antas at det i dag finnes ca. 3000 kvinner og menn som selger seksuelle tjenester i Norge, og omtrent halvparten av det totale markedet dekkes av utenlandske prostituerte.¹ Globalisering, fattigdom og mer åpne grenser er noen av årsakene til dette. På grunn av fattigdomsproblematikken anser mange prostitusjon som den eneste utvei for å kunne forsørge seg selv og sin familie, og mange fra fattige land velger å reise til mer velstående land for å tjene penger ved å prostituere seg. En stor del av dem som kommer til Norge for å selge sex er også i en sårbar situasjon der de skylder organiserte nettverk eller bakmenn penger. Tilbakebetalingskrav gjør at personen ikke fritt kan velge å la være å selge sex, noen ganger kan de ikke selv bestemme hvor mange kunder de skal ha eller når og hvor de skal jobbe.² Det er også flere prostituerte som velger å koble seg til kriminelle nettverk frivillig, uten at de skylder penger. Menneskehandel og hallikvirksomhet har som følge av dette blitt en stor industri.

Selv om Norge er et rikt land med gode velferdsordninger, finnes det også nordmenn som opplever å være fattige. Det er likevel ikke mange nordmenn som velger å tjene penger gjennom prostitusjon kun for å forsørge seg selv og/eller familien. Rusavhengighet er en av hovedårsakene til at nordmenn velger å prostituere seg. I tillegg har en rekke prostituerte stått frem i mediene de siste årene og fortalt om et liv som luksusprostituert.³ Dette er noe som de forteller at de trives med og som de oppfatter som et privilegium og noe fornøyet.⁴ Et eksempel på dette er studenten «Sara», som forteller at hun ofte får forespørsler fra norske menn på forretningsreiser som vil ha besøk på hotellrommet, og at kundene betaler mellom 10 000 og 15 000 kroner for et slikt besøk.⁵

¹ Fafo-rapport (2008) s. 6

² Prosentret

³ Civita-rapport (2014) s. 2

⁴ Ibid

⁵ Steffen Opheim (2013)

Det er vanlig å skille prostitusjonsvirksomheten inn i innendørs- og utendørsprostitusjon. Innendørsprostitusjon foregår gjerne i leiligheter, bordeller, massasjeinstitutter, hoteller eller på lignende steder, og er en mindre synlig form for prostitusjon. Ved utendørsprostitusjon skjer gjerne møtet mellom den prostituerte og kunden utendørs i det offentlige rom, og de prostituerte står gjerne på faste plasser for å få tak i kunder. Denne formen er derfor mer synlig i gatebildet og kanskje den formen folk flest forbinder med prostitusjon.⁶ Omfanget av utendørsprostitusjon har imidlertid de siste årene gått kraftig ned, samtidig som innendørsmarkedet stadig har blitt større.⁷

1.3.1 Kriminalisering av prostitusjon

Prostitusjon blir beskrevet som et samfunnsmessig onde, som må begrenses i størst mulig grad.⁸ Myndighetene har gjennom tidene forsøkt mange ulike måter å regulere prostitusjon på, og det har vært store historiske forskjeller.

I oldtidens Roma var prostitusjon under offentlig kontroll og enkelte keisere opprettet bordeller for å skaffe staten inntekter.⁹ I middelalderen ble prostitusjon i de kristne samfunn belagt med strenge straffer, som pisking og henrettelser.¹⁰ Prostitusjon ble imidlertid for første gang lovregulert i Christian Vs Norske Lov av 1687.¹¹ Etter denne lovboken ble den som hadde hatt utuktig omgang med tre eller flere forskjellige kvinner straffet med døden, «eller i andre Maader med højeste Straf andre til Exempel og Forskrekkelse».¹² Med kriminalloven av 1814 ble det ulovlig med salg av seksuelle tjenester, mens kjøp ble avkriminalisert.¹³

Forbudet mot salg av seksuelle tjenester ble ikke videreført i straffeloven av 1902, og etter dagens lovgivning er det derfor ikke straffbart å selge egne seksuelle tjenester. I stedet for å

⁶ Karianne Sørbø [et al.] (2007) s. 5

⁷ Civita-rapport (2014) s. 7

⁸ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) pkt. 10.1.4

⁹ Store norske leksikon (2014)

¹⁰ Ibid

¹¹ Innstilling fra Straffelovrådet (1960) s. 6-7

¹² Ibid

¹³ Ibid

rette seg mot de som selger egne seksuelle tjenester, valgte lovgiverne å rette seg mot de som står bak og utnytter og profiterer på andres prostitusjon.¹⁴

Det har de siste år vært store debatter om hvorvidt kjøp av seksuelle tjenester skulle kriminaliseres, og ved en lovendring i 2009 ble slikt kjøp kriminalisert, jf. straffeloven § 202a. Før dette tidspunktet var det straffbart å kjøpe seksuelle tjenester av personer under 18 år, jf. straffeloven § 203, men etter lovendringen er nå disse handlingene straffbare, uavhengig av den prostituertes alder. Et av formålene ved denne kriminaliseringen var å redusere etterspørselen etter seksuelle tjenester og dermed også markedet for både prostitusjon og menneskehandel. Bestemmelsen skal bidra til en holdningsendring og på den måten redusere etterspørselen på lengre sikt.¹⁵

Etter straffeloven § 202, ofte betegnet som hallikparagrafen, er det forbudt å medvirke til andres prostitusjon. Bestemmelsen erstatter den opphevede bestemmelsen i straffeloven § 206.

Ettersom prostitusjon i seg selv ikke er straffbart, fører denne bestemmelsen til at den som medvirker til en ikke-straffbar handling, straffes. Bestemmelsen tar sikte på å ramme prostitusjonens bakmenn som organiserer og fremmer andres prostitusjon, eller som leier ut lokaler som brukes til prostitusjon. Tidligere omfattet denne bestemmelsen også den som utnyttet og forledet en person til prostitusjon eller andre seksuelle formål, men ble ved en lovendring av 4. juli 2004 nr. 78 endret. Utnyttingsmomentet bestemmelsen tidligere omfattet ble flyttet over til den nye bestemmelsen i straffeloven § 224 om menneskehandel, som ble vedtatt samtidig.¹⁶

Bestemmelsen i straffeloven § 224 skal gjennomføre pliktene Norge har påtatt seg etter Palermo-protokollen, som er en protokoll til FNs konvensjon om bekjempelse av menneskehandel og menneskesmugling.¹⁷ Bestemmelsen rammer blant annet seksuallovbrudd som skjer ved at personer gjennom bruk av vold, trusler, misbruk av sårbar situasjon eller annen utilbørlig atferd utnytter en person til prostitusjon eller andre seksuelle formål, jf. bestemmelsens

¹⁴ Ot. prp. Nr. 28 (1999-2000) s. 7

¹⁵ Ot.prp. nr. 48 (2007-2008) pkt. 5.1.2

¹⁶ Andenæs (2009) s. 177

¹⁷ Ibid s. 179

første ledd bokstav a. Etter bestemmelsens første ledd, annet gjerningsalternativ, rammes også den som forleder noen til prostitusjon eller andre seksuelle formål, uten at noen av de tvangs- eller utnyttingsmåter som nevnt ovenfor er benyttet. Å *forlede* noen til prostitusjon etter denne bestemmelsen innebærer imidlertid langt mer enn å *fremme* andres prostitusjon etter straffeloven § 202.¹⁸ Mens straffeloven § 202 i utgangspunktet handler om de tilfellene der prostitusjonen skjer frivillig, tar straffeloven § 224 sikte på de tilfellene hvor den prostituerte tvangsmessig, eller på annen måte, utnyttes til prostitusjon. Det følger imidlertid av forarbeidene at straffeloven § 202 ikke skal forstås så snevert at bare helt frivillig prostitusjon omfattes, fordi i de tilfeller der andre tvangsmidler enn dem som er nevnt i straffeloven § 224 brukes, vil forholdet falle inn under straffeloven § 202.¹⁹

¹⁸ Andenæs. (2009) s. 181

¹⁹ Ot. prp. nr. 62 (2002-2003) s. 97

2 Hotellets rett eller plikt til å nekte prostituerte gjester overnatting

2.1 Kontraheringsfrihetsprinsippet

Det finnes ingen lovbestemmelse som direkte regulerer hotellets rett eller plikt til å nekte prostituerte gjester overnatting. Retten og plikten må derfor hjemles i ulovfestet rett.

Å leie ut rom på hoteller dreier seg om avtaleinngåelse mellom hotellet og leietaker. Utgangspunktet i norsk kontraktsrett er prinsippet om avtalefrihet, som bygger på den forutsetningen om at partene står fritt til å inngå de kontrakter de måtte ønske om sine formuerettslige forhold. Dette betegnes gjerne som kontraktsfrihetsprinsippet.

Kontraktsfrihetsprinsippet kan ses som et utslag av den private eiendomsrett og selvbestemmelsesrett.²⁰ Man bør kunne bestemme over sin egen eiendom og hvilke avtaler man ønsker å inngå med den man vil. Det er i utgangspunktet markedet selv som bestemmer kontraktinngåelser og dens innhold, og partene forutsettes å kunne ivareta sine egne interesser. Dette er viktig ettersom avtalefrihet gir en fleksibilitet som ikke ville ha vært mulig innenfor et system med strenge reguleringer.²¹ Partene står derfor fritt til å avtale løsninger som er best for dem, samtidig som man oppnår en positiv dynamikk i markedet.

Kontraktsfrihetsprinsippet innebærer at man som utgangspunkt kan inngå avtale med hvem man vil og at partene står fritt til å bestemme avtalens innhold. Dette er prinsippets positive side.²² Samtidig innebærer kontraktsfrihetsprinsippet at man har frihet til ikke å inngå avtale. Dette er prinsippets negative side.²³ Kontraktsfrihetsprinsippet kan også beskrives fra en materiell, formell og personell side. Den materielle side viser til at partene i utgangspunktet står fritt til å gi avtalen det innholdet de måtte ønske, den formelle side innebærer at partene står

²⁰ Haaskjold (2013) s. 28

²¹ Ibid

²² Ibid

²³ Ibid

fritt til å gi avtalen den form de måtte ønske, mens den personelle side viser seg ved at det er opp til hver enkelt selv å ta stilling til om, og med hvem, avtale skal inngås.²⁴

Det er kontraktfrihetsprinsippets materielle og personelle side som er interessant for avhandlingens problemsstilling, og som jeg i det følgende vil komme nærmere inn på. Spørsmålet blir om det finnes begrensninger i disse delene av prinsippet.

Dersom det skulle foreligge en fullstendig avtalefrihet ville dette gått på bekostning av andre viktige hensyn, og det finnes derfor visse begrensninger i prinsippet.²⁵ Ettersom kontraktsfrihetsprinsippet er et rettslig grunnprinsipp, er det imidlertid unntak fra prinsippet som må begrunnes, og det må derfor foreligge et særskilt rettslig grunnlag dersom avtalefriheten skal begrenses.²⁶

På visse områder gjør det seg gjeldende særlige hensyn som kan medføre at en part pålegges en rettslig plikt til å inngå en avtale når den annen part måtte ønske dette, og som derfor begrenser kontraktfrihetsprinsippets personelle side.²⁷ En slik plikt betegnes gjerne for kontraheringsplikt.²⁸ På samme måte kan det gjøre seg gjeldende særlige hensyn som medfører at avtaler som ut fra samfunnshensyn blir sett på som skadelige, enten på grunn av sitt innhold eller sin virkning, forbys.²⁹ Et slikt forbud betegnes gjerne for kontraheringsforbud, og begrenser kontraktsfrihetsprinsippets materielle side.³⁰

Kontraheringsplikten eller kontraheringsforbudet vil også komme inn som begrensninger for hoteller som inngår avtale om utleie av rom med sine gjester. Jeg vil derfor i det følgende redegjøre nærmere for enkelte sider ved disse begrensningene som vil være relevante for oppgavens problemsstilling.

²⁴ Haaskjold (2013) s. 29

²⁵ Ibid s. 32

²⁶ Ibid s. 29

²⁷ Ibid s. 46

²⁸ Ibid s. 46

²⁹ Ibid s. 33

³⁰ Ibid s. 33

3 Kontraheringsplikten

I følge juridisk teori kan kontraheringsplikt typisk foreligge i tre tilfeller.³¹ For det første kan kontraheringsplikt følge av lovbestemmelser. Terskelen for å gripe inn i kontraktsfrihetsprinsippet har imidlertid tradisjonelt vært svært høy, og det finnes derfor ikke mange eksempler i norsk rett på at lovgiver har gitt slike regler.³² På de rettsområder kontraheringsplikt er oppstilt i lovgivningen, er dette normalt begrunnet i tungtveiende samfunnsmessige hensyn, og i tilfeller der lovgiver anser kontraheringsplikt påkrevet for å oppnå en ønsket målsetting.³³ Dette vil først og fremst være tilfelle der det foreligger en faktisk eller rettslig monopolsituasjon, som for eksempel bygdens eneste landhandel, Vinmonopolet eller NSB.³⁴ Det samme kan være tilfellet i krisetider når det er knapphet på varer og tjenester, da det ofte utferdiges skrevne regler om kontraheringsplikt.³⁵ Målsettingen om å unngå diskriminering er et annet eksempel der det foreligger regler som kan medføre kontraheringsplikt. Det finnes bestemmelser både i den sivilrettslige diskrimineringslovgivningen og i straffeloven § 349 a som forbyr diskriminering på ulike forbudte grunnlag, og som medfører en generell kontraheringsplikt.³⁶ For hotellere adgang til å nekte prostituerte gjester overnatting vil disse lovbestemmelsene være av særlig betydning. Diskrimineringsforbudet vil derfor bli grundig redegjort for nedenfor.

For det andre kan kontraheringsplikt følge av konsesjonsvilkår. Dette kan være aktuelt når en bestemt type virksomhet forutsetter en særskilt tillatelse fra offentlige myndigheter, og hvor det er knyttet en forutsetning om kontraheringsplikt til denne tillatelsen.³⁷ Slike tilfeller vil falle utenfor oppgaven, og vil derfor ikke bli videre omtalt.

For det tredje kan det tenkes at kontraheringsplikt i visse tilfeller foreligger på ulovfestet grunnlag. Om dette skriver forfatter Erlend Haaskjold: «I praksis vil dette kunne være aktuelt

³¹ Haaskjold (2013) s. 46-49

³² Ibid s. 46

³³ Ibid s. 46

³⁴ Ibid s. 49

³⁵ Ibid s. 49

³⁶ Ibid s. 48

³⁷ Ibid s. 48

for virksomheter som innehar en faktisk eller rettslig monopolstilling. Det finnes imidlertid få autoritative uttrykk for en kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag, og det kan derfor være noe usikkert hvor langt en slik plikt rekker. Særlig er det uklart i hvilken utstrekning det foreligger kontraheringsplikt dersom nektelsen er saklig begrunnet».³⁸ Jeg vil kort redegjøre for denne problemsstillingen senere i oppgaven.

3.1 Kontraheringsplikt på grunnlag av diskrimineringsforbudet

Retten til ikke å bli diskriminert er et grunnleggende menneskerettslig prinsipp, og innebærer at alle mennesker har rett til å bli vurdert som et individ og ikke som del av en gruppe. Diskrimineringsvernet bygger på flere rettsstatsverdier, blant annet hensynet til individets frihet og autonomi, pluralisme, respekt for menneskevernet, integritet og likhet.

3.1.1 Rettskildebildet

Rettskildebildet på diskrimineringsområdet er nokså komplekst, og har vært gjenstand for mange utredninger og endringer de siste tiår. I januar 2014 trådte fire nye lover i kraft som regulerer forbud mot diskriminering på ulike grunnlag, samtidig som de eldre diskrimineringslovene ble opphevet. De fire nye diskrimineringslovene er likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering. Lovgiver valgte å videreføre ordninger med særlover for forskjellige diskrimineringsgrunnlag i stedet for å samle forbudene i én diskrimineringslov. Formålet med de nye lovene er å styrke diskrimineringsvernet ved å gjøre lovene mer like og mer tilgjengelige. Det fremheves i forarbeidene at det først og fremst er språklige og lovtekniske endringer som er gjort, og ikke materielle endringer.

Likestillingsloven gjelder på alle samfunnsområder, mens de tre andre lovene kun gjør unntak for «familieliv og andre rent personlige forhold», jf. lovenes § 2. Det følger av forarbeidene til lovene at unntaket skal tolkes snevert; begrepet «familieliv» er kun ment å omfatte forhold mellom nære familiemedlemmer, mens begrepet «personlige forhold» dreier seg om rent private anliggender, som knytter seg blant annet til personlige bekjenskaper og omgangskrets.³⁹

³⁸ Haaskjold (2013) s. 49

³⁹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 26

I forarbeidene nevnes at utleie av rom i egen bolig anses å falle inn under unntaket for personlige forhold.⁴⁰ Dette kan tolkes som at utleie av rom fra annet enn egen bolig anses å falle utenfor begrepet. Unntaket tar uansett ikke sikte på å ramme overnattingsbransjer som leier ut rom til allmennheten, og kommer derfor ikke til anvendelse i disse situasjoner. Hotellbransjen må derfor holde seg innenfor diskrimineringslovgivningens forbud mot diskriminerende handlinger i sin virksomhet.

Som oppgaven senere vil vise er det særlig likestillingsloven og diskrimineringsloven om etnisitet som er aktuelle begrensninger for hotellets rett til å nekte prostituerte gjester overnatting. Disse lovene forbyr diskriminering på grunnlag av kjønn, etnisitet, religion og livssyn.

Likestillingsloven og diskrimineringsloven om etnisitet må tolkes og anvendes i lys av konvensjonene Norge har inkorporert, og praksis i tilknytning til disse. Dette gjelder spesielt FNs kvinnekonvensjon, som er inkorporert i menneskerettsloven, og FNs rasediskrimineringskonvensjon, som er inkorporert i diskrimineringsloven om etnisitet. I tillegg vil andre mer generelle konvensjoner som inneholder forbud mot diskriminering gjøre seg gjeldende, så som Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. Norsk diskrimineringslovgivning må dessuten tolkes og anvendes i lys av relevante EU-direktiv på diskrimineringsområdet som gjelder for Norge.

Det er etablert et felles håndhevingsapparat, Likestillings- og diskrimineringsombudet (heretter forkortet til ombudet) og Likestillings- og diskrimineringsnemda (heretter forkortet til nemda), som har vært i virksomhet siden 1. januar 2006. Ombudet og nemda skal håndheve diskrimineringslovgivningen, deriblant likestillingsloven og diskrimineringsloven om etnisitet, ved å føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av diskrimineringslovgivningen, jf. diskrimineringsombudsloven § 1. I tillegg skal ombudet føre tilsyn med at norsk rett og forvaltningspraksis samsvarer med de forpliktelser Norge har på diskrimineringsfeltet etter blant annet FNs kvinnekonvensjon og FNs rasediskrimineringskonvensjon.

⁴⁰ Prop. 88 L (2012-2013) s. 26

Ombudet kan gi uttalelser i enkeltsaker om hvorvidt et forhold er i strid med de lovene det håndhever, samt fatte hastedtak. Nemda fungerer som en klageinstans, og behandler klager på ombudets uttalelser og hastedtak i enkeltsaker. I tillegg kan nemda fatte vedtak om at forhold er i strid med diskrimineringslovgivningen og legge ned forbud mot handlingen, gi pålegg om stansing og retting, samt ilegge tvangsmulkt dersom pålegget ikke blir etterkommet. Vedtakene til nemda er endelige forvaltningsvedtak og kan ikke overprøves gjennom forvaltningsklage. De kan derimot bringes inn til full behandling for de ordinære domstolene.

Ombudet og nemda har behandlet et stort antall saker om likestilling og diskriminering, og det er derfor sjelden at slike tvister har blitt brakt inn for ordinære domstoler for avgjørelse. Selv om det formelt sett ikke er noe som hindrer at slike saker bringes inn for de ordinære domstoler, synes sakene å stoppe med behandling hos ombudet og nemda.⁴¹ Dette innebærer at det ikke foreligger mye rettspraksis på diskrimineringsområdet, men derimot mye forvaltningspraksis. Selv om praksis fra forvaltningsorganer etter norsk rettskildetradisjon ikke har samme tyngde og gjennomslagskraft som avgjørelser truffet av de ordinære domstolene, er disse organene å regne som ekspertorgan på likestillings- og diskrimineringsområdet.⁴² Deres praksis og uttalelser vil derfor kunne belyse hvor grensen for diskrimineringsvernet går etter diskrimineringslovgivningen.

I tillegg til de fire diskrimineringslovene nevnt ovenfor, finnes det også lovbestemmelser som forbyr diskriminering på særskilte rettsområder. Dette gjelder arbeidsmiljøloven som forbyr diskriminering i arbeidsforhold, skipsarbeiderloven som forbyr diskriminering for den som har sitt arbeid på norske skip, og boliglovgivningen som forbyr diskriminering i boligsektoren. Ingen av disse lovene kommer til anvendelse i forbindelse med oppgavens tema, og vil derfor ikke bli videre omtalt.

Straffeloven inneholder regler som gir strafferettslig vern mot visse former for diskriminering. Straffeloven § 349 a rammer diskriminering i næringsvirksomhet som nekter enkelte personer varer eller tjenester på samme vilkår som gjelder for andre. I forbindelse med endringene i diskrimineringslovgivningen ble det vurdert å oppheve denne bestemmelsen, da det sivilretts-

⁴¹ Ot.prp.nr. 34 (2004-2005) s. 78

⁴² Hedlund (2008b) s.522

lige vernet i stor grad vil ramme de situasjonene som kan være straffbare etter § 349 a. Etter som bestemmelsen innebærer en «strafferettslig sikkerhetsventil» ble det likevel besluttet å beholde bestemmelsen.⁴³ Jeg vil kort redegjøre for diskrimineringsvernet etter denne bestemmelsen i et eget avsnitt senere i oppgaven.

3.1.2 Hva er diskriminering?

Hva diskriminering i rettslig forstand innebærer, følger av det enkelte rettsgrunnlag i menneskerettighetskonvensjonene og diskrimineringslovgivningens bestemmelser om diskriminerende handlinger. Noen felles trekk kan imidlertid identifiseres, og i Prop. 88 L (2012-2013) beskrives diskriminering slik: «Diskriminering som rettslig begrep er usaklig forskjellsbehandling som kan knyttes til ett eller flere diskrimineringsgrunnlag. Et diskrimineringsgrunnlag er et kjennetegn forbundet med en person som brukes som grunnlag for å behandle en person forskjellig fra andre personer i en tilsvarende situasjon».⁴⁴

Diskriminering i rettslig forstand betyr altså at det må dreie seg om:

1. forskjellsbehandling,
2. som kan knyttes til ett eller flere diskrimineringsgrunnlag,
3. og som ikke er saklig begrunnet

Alle disse vilkårene må etter en konkret vurdering være oppfylt for at forskjellsbehandlingen skal anses som diskriminering, og dermed ulovlig etter menneskerettighetskonvensjonene og diskrimineringslovgivningen. I det følgende skal jeg redegjøre nærmere for disse tre vilkårene.

3.1.2.1 Forskjellsbehandlingen

Forskjellsbehandling er handlinger som har som formål eller virkning at noen kommer i en dårligere stilling eller behandles dårligere enn andre. Ofte er det tale om at like tilfeller be-

⁴³ NOU 2005: 8 pkt. 5.3.3 og Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 190-191

⁴⁴ Prop.88 L (2012-2013) pkt. 2.1

handles ulikt, men det kan også foreligge forskjellsbehandling dersom ulike tilfeller blir behandlet likt.

Det er vanlig å skille mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling. Dette skillet kommer også til uttrykk i hovedregelen om forbud mot diskriminering i likestillingsloven § 5 annet ledd, og diskrimineringsloven om etnisitet § 6 annet ledd. Der beskrives den direkte forskjellsbehandlingen som en handling eller unnlatelse som har som formål eller virkning at en person blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon, og at dette skyldes det forbudte diskrimineringsgrunnlag. Et eksempel på direkte forskjellsbehandling er dersom en person ikke får reservert overnatting på et hotell med en feilaktig begrunnelse om at hotellet er fullt, kun fordi bestillerens navn eller språk avslører at vedkommende har en annen etnisk bakgrunn enn norsk. Et annet eksempel er dersom en homofil mann blir nektet inngang til et hotell på grunn av hans legning, samtidig som andre ikke-homofile menn får komme inn.

Indirekte forskjellsbehandling beskrives som enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlatelse som fører til at personer stilles dårligere enn andre, og at dette skjer på grunn av det forbudte diskrimineringsgrunnlag. At en bestemmelse, betingelse etc. tilsynelatende er nøytral, innebærer ikke at det kreves et bevisst valg om å forskjellsbehandle noen på bekostning av andre, men at dette likevel fører til at en person eller en gruppe blir dårligere stilt sammenlignet med andre. Et eksempel på dette kan være at et hotell har retningslinjer om kleskode som innebærer at gjester ikke kan ha hodeplagg. Dette er i utgangspunktet en nøytral retningslinje, men resultatet kan likevel bli indirekte forskjellsbehandling av blant annet muslimske kvinner.

For at det skal være tale om en forskjellsbehandling, må forskjellsbehandlingen ha som *formål* eller *virkning* at en person kommer i en dårligere stilling som følge av forskjellsbehandlingen. Dette beskrives i forarbeidene som at forskjellsbehandlingen må være av negativ karakter.⁴⁵ Det er uten betydning hvorvidt handlingen oppleves som krenkende eller urettferdig, eller at den som forskjellsbehandler har en diskriminerende hensikt. Det som har betydning er om handlingen eller unnlatelsen har et slikt formål eller en slik virkning, og at denne forskjel-

⁴⁵ NOU 2009:14 s. 40

len har sin årsak nettopp i personenes diskrimineringsgrunnlag. Det må altså foreligge en årsakssammenheng.

Ved vurderingen av om det foreligger en forskjellsbehandling må det foretas en sammenligning mellom to eller flere personer. Enten sammenlignes faktiske personer som er utsatt for den samme handlingen, eller så kan man foreta en sammenligning med en tenkt person uten at det er nødvendig at det finnes en konkret person å sammenligne med. En slik sammenligning med en tenkt person kalles gjerne for en hypotetisk sammenligningsperson.⁴⁶ Det er altså ikke et krav om at den som mener seg diskriminert kan vise til at en annen faktisk person har blitt behandlet bedre. Det avgjørende vil være om det ved forskjellsbehandlingen ble lagt vekt på et diskrimineringsgrunnlag til ulempe for den som mener seg diskriminert.

Hva som anses som en tilsvarende situasjon, må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Et eksempel på en situasjon som ikke ble ansett å være en «tilsvarende situasjon» er en klagesak for nemda fra 2009 hvor en franskmann ble nektet adgang til et utested.⁴⁷ Utestedets begrunnelse var at klageren ikke var oppført på utestedets gjesteliste. Klageren hevdet derimot at den reelle grunnen for avvisningen var hans kjønn og/eller nasjonale opprinnelse, og viste til at hans svenske kjæreste og hennes venninner hadde kommet inn på utestedet helgen før, uten å være oppsatt på utestedets gjesteliste. I denne saken uttalte nemda at kjæresten og hennes venninner ikke ble gitt adgang til utestedet samme kveld som klager ble avvist, og situasjonen var derfor etter nemdas vurdering ikke sammenlignbar. Det er imidlertid grunn til å påpeke at det gjør seg gjeldende særlige hensyn for et utested, når de ansatte skal vurdere hvem som kan komme inn eller ikke. I tillegg til at et utested ofte kan ha lukkede arrangementer med gjestelister, må utesteder også forholde seg til mange berusede personer samtidig. Dette medfører særlige sikkerhetshensyn som kan variere fra kveld til kveld og fra situasjon til situasjon. For et overnattingssted er det imidlertid ikke samme forhold som gjør seg gjeldende som for et utested, og hva som anses som en «tilsvarende situasjon» kan derfor stille seg forskjellig. Hva som er, eller kunne ha vært, en tilsvarende situasjon må uansett avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle.

⁴⁶ Prop. 88 L (2012-2013) s. 16

⁴⁷ Nemdas sak nr. 20/2009

3.1.2.1.1 Instruks og medvirkning til forskjellsbehandling

Diskrimineringslovgivningen inneholder også forbud mot instruks om å forskjellsbehandle, medvirkning til å forskjellsbehandle, eller medvirkning til instruks om å forskjellsbehandle.

Med instruks forstås blant annet ordre, retningslinjer, formaninger og befalinger overfor en eller flere personer om å diskriminere.⁴⁸ Det spiller ingen rolle om instruksjonen er fulgt opp i praksis, da det er selve instruksjonen om å diskriminere som er forbudt. I følge forarbeidene må det imidlertid foreligge et underordnings-, lydighets- eller avhengighetsforhold mellom den som gir instruksjonen og den som mottar instruksjonen, for at det skal være tale om en lovstridig instruks.⁴⁹ I en ansettelsessituasjon vil dette kravet være oppfylt, og det vil derfor være ulovlig for en virksomhet å instruere en resepsjonist om å forskjellsbehandle gjester i strid med diskrimineringslovgivningen.

Når det gjelder medvirkning, følger det av forarbeidene at dette begrepet må forstås på samme måte som i strafferetten.⁵⁰ Det kan ikke fastlegges generelt når det foreligger medvirkning, da dette vil bero på en konkret tolkning av situasjonen. Tradisjonelt foreligger imidlertid medvirkning når flere personer bidrar til lovbrudd uten å utføre selve handlingen. Både fysisk og psykisk medvirkning omfattes av begrepet. Fysisk medvirkning kan foreligge dersom deltakeren bidrar eller på annen måte legger forholdene til rette for at diskriminering kan finne sted. Psykisk medvirkning kan foreligge dersom deltakelsen oppfattes som en form for støtte eller aksept til å foreta en bestemt diskriminerende handling, som senere gjennomføres.⁵¹ Medvirkningshandlinger vil imidlertid ofte rammes som selvstendige brudd på diskrimineringslovgivningens forbud mot forskjellsbehandling.⁵² Begrunnelsen for å ha en egen medvirkningsbestemmelse er å synliggjøre alvoret som ligger i at flere går sammen om å diskriminere, og at ansvar skal kunne ilegges der det er tvil om det foreligger brudd på bestemmelsene på et selvstendig grunnlag.⁵³

⁴⁸ Jakhell (2007) s. 76

⁴⁹ Ot.prp.nr. 35 (2004-2005) s. 27

⁵⁰ Ibid s. 30

⁵¹ Ibid s. 30

⁵² Hedlund (2008) s. 327

⁵³ Ot.prp.nr. 35 (2004-2005) s. 31

3.1.2.2 Diskrimineringsgrunnlag

Et diskrimineringsgrunnlag beskrives som et kjennetegn forbundet med en person, som brukes som grunnlag for å behandle noen forskjellig fra andre i en tilsvarende situasjon.⁵⁴ I forarbeidene til diskrimineringsloven fremgår det at diskrimineringsgrunnlagets funksjon i lovgivningen er å angi et forhold som i utgangspunktet ikke kan begrunne dårligere behandling av mennesker.⁵⁵ Diskrimineringsgrunnlagene som kommer til uttrykk i norsk diskrimineringslovgivning er kjønn, etnisitet (herunder nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk), religion, livssyn, politiske syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, nedsatt funksjonsevne, alder, midlertidig ansettelse eller deltidsansettelse. Likestillingslovens forbud mot diskriminering på grunnlag av kjønn gjelder begge kjønn, både kvinner og menn.

Lovenes diskrimineringsgrunnlag skal være uttømmende angitt.⁵⁶ Dette innebærer at det kun foreligger ulovlig forskjellsbehandling dersom forskjellsbehandlingen kan knyttes til ett eller flere diskrimineringsgrunnlag som positivt er angitt i lovene.

Prostituerte er ikke positivt angitt som et grunnlag og derfor ikke vernet som et eget diskrimineringsgrunnlag etter norsk rett. I diskrimineringslovutvalgets forslag til en samlet diskrimineringslov ble det imidlertid vist til at rusavhengige, straffedømte og andre sosialt utsatte grupper som prostituerte tilhører grupper som er sosialt sårbare, vanskelig stilt og utsatt for forskjellsbehandling på mange områder.⁵⁷ Utvalgets flertall foreslo at lovens liste over diskrimineringsgrunnlag ikke skulle være uttømmende, men suppleres med samlekategoriene «liknende vesentlige forhold ved en person», og at disse sosialt utsatte gruppene skulle kunne påberopes under denne samlekategori.⁵⁸ Det har i forarbeidene blitt argumentert med at en slik samlekategori vil gi bedre sammenheng med menneskerettighetskonvensjoner som også har en slik samlekategori og at dette vil sikre et fleksibelt lovverk som tar høyde for sam-

⁵⁴ NOU 2009:14 s. 41

⁵⁵ Prop. 88 L (2012-2013) s. 61

⁵⁶ Ibid s. 14

⁵⁷ NOU 2009:14 s. 142

⁵⁸ Ibid

funnsutviklingen.⁵⁹ På bakgrunn av blant annet vanskelige avgrensninger, uklarhet og dermed uforutsigbarhet kom lovgiverne likevel til at diskrimineringsgrunnlagene i diskrimineringslovgivningen skulle angis uttømmende.⁶⁰

Ettersom prostituerte ikke er oppregnet som et eget diskrimineringsgrunnlag blir det derfor, ved vurderingen av om det foreligger ulovlig diskriminering, avgjørende hvorvidt et hotell legger vekt på ett eller flere av de oppregnede diskrimineringsgrunnlag når de nekter de prostituerte gjestene overnatting.

De som arbeider som prostituerte kan være hvem som helst; kvinne som mann, i tyve-årene eller seksti-årene, tykk eller slank, norsk eller russisk, være kledd i dyre formelle designklær eller være kledd i billigere og mer utfordrende klær, heterofile eller homofile. Det er likevel slik at det finnes fordommer og stereotype oppfatninger av de prostituerte, og dette kan føre til diskriminering ved at de prostituerte ikke behandles ut fra sine egne faktiske egenskaper og kvalifikasjoner, men i stedet tillegges egenskaper ut fra antakelser basert på tilhørighet til en gruppe – og i dette tilfellet gruppen av prostituerte. Den stereotype oppfatning av de prostituerte er gjerne at dette er kvinner, og at de ofte har en annen etnisitet. Dette innebærer at spesielt prostituerte kvinner er utsatt for diskriminering, og at det nettopp er på grunn av deres kjønn i kombinasjon med deres etnisitet som er årsaken til at de diskrimineres.

Jeg har selv erfart at de fleste av de prostituerte gjestene vi har hatt på besøk på vårt overnattingssted er kvinner som reiser alene, og at disse ofte har en annen etnisitet enn norsk. Dette har medført at jeg har vært mer årvåken mot grupper av personer som har disse kjennetegnene. Praksis fra ombudet og nemda viser også at kombinasjonen av diskrimineringsgrunnlagene kjønn og etnisitet ofte er årsaken til at noen prostituerte blir forskjellsbehandlet på overnattingssteder. Et eksempel på dette er en sak som gjaldt avvisning av to kvinner av asiatisk opprinnelse på et hotell i Oslo.⁶¹ Kvinnene ble nektet overnatting av resepsjonisten på hotellet ettersom en av kvinnene hadde hjemstedsadresse i Oslo. Hotellets retningslinjer ga nemlig personalet adgang til å avvise personer med hjemstedsadresse i Oslo og omegn, og resepsjo-

⁵⁹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 66

⁶⁰ Ibid

⁶¹ Ombudets sak nr. 07/649 og nemdas sak nr. 1/2008

nisten forklarte kvinnene at bakgrunnen for retningslinjene var at personer bosatt i Oslo og omegn kunne være prostituerte eller narkomane som tok seg inn på hotellet for å lage bråk. Både ombudet og nemda kom til at hotellet la vekt på kvinnenens kjønn og etnisitet da de nektet dem å ta inn på hotellet, og at det dermed var kombinasjonen av kjønn og etnisitet som var grunnlaget for avvisningen. Et annet eksempel er en sak fra ombudet som gjaldt avvisning av en kvinnelig gjest fra Brasil som ønsket å reservere et hotellrom i Lillehammer.⁶² Den kvinnelige gjesten fikk opplyst over telefon at det var ledige rom ved hotellet, men da det kom frem at kvinnen var fra Brasil fikk hun beskjed om at det likevel ikke fantes ledige rom. Etter at kvinnen ba om en begrunnelse, stilte resepsjonisten kvinnen kontrollspørsmål om hvorvidt hun planla å komme alene eller om hun skulle bo på hotellet sammen med sin ektefelle. Hotellet opplyste til ombudet at behandlingen skyldtes at hotellet samme morgen hadde fått informasjon om at prostituerte hadde forsøkt å ta inn på et annet hotell, og at det derfor var sendt ut en advarsel på telefon om at disse personene søkte rom i Lillehammer og at de ville bruke rommet til prostitusjonsvirksomhet. I forbindelse med advarselen sjekket resepsjonisten opp en eskorte-nettside, der det stod at to prostituerte skulle komme til Lillehammer. Ifølge hotellet fremgikk det også på eskortesiden at de prostituerte var utenlandske, og trolig fra Brasil. Hotellet erkjente at de ikke ville gitt kvinnen denne behandlingen om hun var en mann eller hadde norsk bakgrunn. Ombudet kom til at det var kvinnens kjønn og etnisitet som var grunnlaget for forsøket på å avvise kvinnen.

Når flere diskrimineringsgrunnlag blir vektlagt samtidig, eller at det er kombinasjonen av flere diskrimineringsgrunnlag som utgjør grunnlaget for diskrimineringen, taler man gjerne om sammensatt diskriminering.⁶³ Selv om det ikke finnes uttrykkelige bestemmelser om sammensatt diskriminering, er dette likevel forbudt etter diskrimineringslovgivningen. Dette følger av at diskriminering på hvert enkelt grunnlag er forbudt, også i de tilfeller der diskrimineringen ikke kan tilbakeføres til et enkelt diskrimineringsgrunnlag, men hvor diskrimineringen nettopp følger av ulike grunnlag som samvirker.⁶⁴ Det som etter diskrimineringslovgivningen kreves, er at det må kunne bevises at det foreligger diskriminering på minst ett grunnlag.

⁶² Ombudets sak nr. 08/190

⁶³ Prop. 88 L (2012-2013) s. 89

⁶⁴ Ibid

3.1.2.3 Ikke saklig begrunnet

Selv om det foreligger forskjellsbehandling på grunn av et eller flere av de oppregnede diskrimineringsgrunnlag i diskrimineringslovgivningen, kan forskjellsbehandlingen i noen tilfeller likevel være lovlig.

I diskrimineringslovgivningen, deriblant i likestillingsloven § 6 og diskrimineringsloven om etnisitet § 7, står det at forskjellsbehandlingen kan være lovlig dersom den har et saklig formål, at forskjellsbehandlingen er nødvendig for å oppnå det saklige formålet og at forskjellsbehandlingen ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Disse tre vilkårene er kumulative, som vil si at alle vilkårene må være oppfylt for at forskjellsbehandlingen likevel er lovlig.

I forarbeidene fremgår det at det er tale om en snever unntaksregel, slik at det vil være få tilfeller der forskjellsbehandlingen er lovlig.⁶⁵ Det må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak, og det vil blant annet komme i betraktning om det er tale om direkte eller indirekte forskjellsbehandling og hvilke samfunnsområder eller rettigheter saksforholdet gjelder.⁶⁶ Forbudet mot direkte forskjellsbehandling er som hovedregel strengere enn forbudet mot indirekte forskjellsbehandling, noe som innebærer at det kreves mer for at direkte forskjellsbehandling skal være lovlig. Men i helt spesielle tilfeller vil også direkte forskjellsbehandling kunne være tillatt, selv om det følger av praksis at det skal svært mye til.⁶⁷

Som jeg var inne på innledningsvis i oppgaven kan hoteller av forskjellige grunner ønske å nekte gjester overnatting, for eksempel av hensynet til sikkerhetsrisikoen for sine gjester eller ansatte, omdømme, eller for å sikre økonomisk vinning. Ved vurderingen av om forskjellsbehandling anses som saklig vil det ha betydning om formålet med forskjellsbehandlingen er knyttet til en beskyttelsesverdig interesse. Av forarbeidene fremkommer det at handlinger eller unnlatelser som er basert på subjektive oppfatninger, følelser, vilkårlig maktbruk, fordommer og stereotypier er eksempler på formål som ikke har beskyttelsesverdige interesser.⁶⁸

⁶⁵ Prop. 88 L (2012-2013) s. 123

⁶⁶ Ibid s. 170

⁶⁷ Ombudets sak nr. 08/190

⁶⁸ NOU 2009:14 okt. 3.2.2

Hensynet til andres helse og sikkerhet er derimot eksempler som typisk vil ha et saklig formål. Etter omstendighetene kan også formål om økonomisk vinning være saklige.⁶⁹

I en av sakene jeg redegjorde for ovenfor, om den kvinnelige gjesten fra Brasil, kom ombudet til at hotellet fra Lillehammer hadde saklig grunn til å forskjellsbehandle kvinnen.⁷⁰ Ombudet uttalte i den forbindelse: «Å forhindre prostitusjon er viktig av hensyn til hotellets forretningsinteresser og omdømme. Også samfunnsinteresser tilsier at hoteller, utesteder og andre steder hvor prostitusjon tradisjonelt drives fra, arbeider for å redusere omfanget av prostitusjon i samfunnet. Et ønske om å forhindre prostitusjon er dermed som utgangspunkt et saklig ønske».

Det finnes altså argumenter, både fra forarbeider og praksis, på at hoteller og andre overnattingssteder etter omstendighetene kan ha saklig grunner til å nekte prostituerte gjester overnatting. Spørsmålet blir derfor i disse tilfellene om formålet med forskjellsbehandlingen bygger på korrekt faktum, og er av en slik art at prinsippet om ikke-diskriminering må vike.⁷¹ For at en diskriminerende handling skal være tillatt kreves det i tillegg at den er nødvendig, og at det er proporsjonalitet mellom forskjellsbehandlingen og de ulempene den medfører.

I en sak fra nemda fra 2006, uttalte nemda at en utleiepraksis med krav om norsk statsborgerskap begrunnet i behovet for økonomisk sikkerhet, var et legitimt formål.⁷² Kravet som ble stilt om norsk statsborgerskap bygde derimot etter nemdas syn ikke på korrekt faktum i saken, og utleier oppnådde ikke formålet sitt med forskjellsbehandlingen. Utleier hadde ikke kommet med noen utdypende forklaring eller dokumentasjon på sammenhengen mellom norsk statsborgerskap og oppnåelsen av denne økonomiske sikkerheten. Nemda uttalte også at det fantes andre og mindre inngripende måter å sikre seg økonomisk sikkerhet på, enn ved å utelukke leietakere som ikke er norske statsborgere. Dessuten mente nemda at kravet ikke på noen måte sto i forhold til formålet, og at konsekvensene av å kreve norsk statsborgerskap er at alle

⁶⁹ Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) pkt. 9.7.7

⁷⁰ Se note 58

⁷¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 206

⁷² Nemdas sak nr. 18/2006

som ikke har norsk statsborgerskap utelukkes fra å leie den aktuelle leiligheten. Utleiepraksisen ble derfor ansett som ulovlig diskriminering etter diskrimineringsloven.

I ombudets sak om den kvinnelige gjesten fra Brasil nevnt ovenfor, mente ombudet at å nekte den kvinnelige gjesten adgang til hotellet i Lillehammer og å stille kontrollspørsmål basert på nasjonal opprinnelse, verken var nødvendig eller forholdsmessig for å avverge prostitusjon ved hotellet.⁷³ Hotellet kunne i stedet fulgt nøye med på gjester de mistenker driver med prostitusjonsvirksomhet, og dersom hotellet oppdager prostitusjon eller har konkrete holdepunkter for å tro at slik virksomhet finner sted, ville hotellet være berettiget til å bortvise gjesten. Ombudet mente dessuten at dersom denne type praksis skulle være tillatt, ville det medføre at kvinner fra for eksempel Brasil eller Nigeria skulle få begrenset adgang til utesteder, hoteller og andre steder man erfaringsmessig vet at prostitusjon drives fra. Å avvise kvinner fra enkelte land ut fra så generelle kriterier som kjønn og nasjonal opprinnelse, bryter med det grunnleggende prinsippet om at enhver har rett til en individuell behandling. På bakgrunn av dette hadde ikke hotellet rettslig adgang til å forskjellsbehandle kvinnen.

Som praksis fra nemda og ombudet viser skal det mye til for at forskjellsbehandling av prostituerte gjester, ved å nekte disse overnatting, anses nødvendig og forholdsmessig.

3.1.3 Bevisbyrde

Begrepet bevisbyrde sikter til regler om bevisføringsplikt og regler om krav til bevisets styrke. Med bevisføringsplikt menes hvem av partene i et sakskompleks som er pålagt å føre bevis, og hvem som har tvilsrisikoen.⁷⁴ Tvilsrisiko vil si at dersom domstolen eller andre som skal avgjøre en sak etter en samlet vurdering er i tvil om hvilket faktum som skal legges til grunn, vil dette gå ut over den som har bevisbyrden. Med krav til bevisets styrke menes hvor sterke bevisene må være for at et forhold skal kunne legges til grunn.⁷⁵

I sivile saker kreves det normalt at den som påstår noe er den som må føre bevis for sin påstand, altså den som har bevisføringsplikt. Og kravet til bevisets styrke er normalt sannsyn-

⁷³ Se note 58 og 66

⁷⁴ Hedlund (2008b) s. 371

⁷⁵ Ibid

lighetsovervekt. Diskrimineringsloven innfører derimot regler om såkalt delt bevisbyrde, som innebærer lempeligere bevisregler. Med delt bevisbyrde siktes det til en prosess hvor bevisfø-
ringsplikten går over på den andre parten når nærmere angitte vilkår er oppfylt.⁷⁶ Den som påstår at det foreligger ulovlig forskjellsbehandling, må fremlegge bevis for det. Når et til-
strekkelig bevisgrunnlag er etablert for at det er skjedd en ulovlig forskjellsbehandling, går bevisfø-
ringsplikten over på den andre parten som da må bevise at det ikke har skjedd ulovlig forskjellsbehandling.⁷⁷

Regelen om delt bevisbyrde kommer til anvendelse ved spørsmål om brudd på diskrimine-
ringslovgivningens forbud mot direkte og indirekte forskjellsbehandling, og gjelder i forhold
til lovenes sivilrettslige reaksjoner, enten saken føres for ombudet, nemda eller for domstole-
ne. Regelen kommer derimot ikke til anvendelse ved grov overtredelse av diskrimineringsfor-
budet som er begått av flere i fellesskap i diskrimineringsloven om etnisitet § 26. Der vil det
være strafferettens bevisregler som kommer til anvendelse.

Begrunnelsen for den lempeligere bevisregelen om delt bevisbyrde er at det gjør seg gjelden-
de særlige forhold i diskrimineringssaker. Det vil ofte være vanskelig for den som mener seg
diskriminert å føre tilstrekkelig bevis for sammenhengen mellom vedkommende diskrimine-
ringsgrunnlag og forskjellsbehandlingen.⁷⁸ Dette gjør seg gjeldende også i situasjoner der
noen tilbyr varer og tjenester, ved at det er den som råder over noe som andre ønsker og mel-
der interesser for, som oftest har kontrollen med saken, og kjenner grunnlaget for den avgjø-
relsen som treffes.⁷⁹ Den som påstår å ha diskriminert kan forsøke å skjule sin reelle begrun-
nelse, eller ikke selv være bevisst på hva som var motivet med handlingen.⁸⁰ Saksforholdet i
en konkret sak kan derfor være uoversiktlig og vanskelig å få klarhet i. Reglene om delt be-
visbyrde medfører at det ofte vil være i begge parter interesse å fremlegge opplysninger som
vedkommende besitter, og som er relevante for saken. Dette vil derfor styrke diskriminerings-
vernet ved å sikre en effektiv håndheving av forbudet mot diskriminering.

⁷⁶ Hedlund (2008a) s. 323

⁷⁷ Ibid

⁷⁸ NOU 2009:14 pkt. 20.4.2

⁷⁹ Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 54

⁸⁰ NOU 2009:14 pkt. 20.4.2

I likestillingsloven § 27 om delt bevisbyrde står det:

«Det skal legges til grunn at diskriminering har funnet sted hvis:

- a) det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering, og
- b) den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted».

Likelydende bestemmelser om delt bevisbyrde finner man i de andre diskrimineringslovene, deriblant i diskrimineringsloven om etnisitet § 24.

Når det gjelder hvem av partene som har bevisføringsplikt i første omgang, så er dette den eller de som fremmer en påstand om forskjellsbehandling. Den eller de må føre bevis opp til et visst nivå for at det har skjedd en forskjellsbehandling på grunnlag av et eller flere av de forbudte diskrimineringsgrunnlag som oppstilles i diskrimineringslovgivningen. Det er ikke avgjørende på hvilken måte saksrelevant informasjon er fremskaffet for å påvise forskjellsbehandlingen, og opplysninger kan fremskaffes både fra klageren selv eller fra andre. Etter diskrimineringsombudsloven § 3, fjerde ledd har ombudet dessuten anledning til å ta opp en sak om diskriminering på eget initiativ, og i disse sakene vil det heller ikke nødvendigvis være en klager som kan fremskaffe relevant informasjon. Etter diskrimineringsombudsloven § 11 kan ombudet og nemda også gi pålegg om å gi opplysninger som er nødvendige i saken.

Det alminnelige sivilrettslige beviskrav er som tidligere nevnt at det kreves sannsynlighetsovervekt. Diskrimineringslovgivningen krever derimot i dette tilfellet at det foreligger omstendigheter *som gir grunn til å tro* at det har skjedd diskriminering. Med denne formuleringen oppstilles det ikke noe krav om sannsynlighetsovervekt, men noe mindre.⁸¹ Hvor den konkrete grensen for bevisets styrke går, fremgår imidlertid ikke klart av lovens ordlyd. I forarbeidene står det uttalt at det må etableres en presumsjon for at det har skjedd en lovstridig forskjellsbehandling for at beviskravet skal være oppfylt.⁸² Hva som kreves for at det skal være etablert en slik presumsjon, beror på en konkret vurdering av de nærmere omstendighetene i den enkelte sak.

⁸¹ Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) s. 98

⁸² Ot.prp.nr. 35 (2004-2005) s. 57

Ombudet og nemda har i en rekke saker vurdert om bevisbyrden har gått over på innklagede. I flere av disse sakene har både ombudet og nemda understreket at det ikke vil være tilstrekkelig med en påstand om at diskriminering har funnet sted for at bevisbyrden skal gå over på innklagede, men at det må foreligge ytterligere holdepunkter i saken for diskriminering.⁸³ Dette er også i samsvar med uttalelser i forarbeidene til lovene.⁸⁴

Eksempler fra praksis hvor beviskravet «grunn til å tro» ikke ble ansett for oppfylt, er en sak fra nemda fra 2010.⁸⁵ Denne saken dreide seg om en kvinne som mente seg diskriminert av et hotell ved at hun ble kastet ut på grunn av sin etnisitet og hudfarge. Hotellet på sin side mente at hun ikke ble kastet ut, men forlot hotellet av egen vilje og at etnisitet og nasjonal opprinnelse ikke hadde hatt noen betydning i saken. Det forelå følgelig påstand mot påstand vedrørende faktum i saken. Selv om den kvinnelige gjesten følte seg dårligere behandlet av hotellet, mente Nemda at påstanden om diskrimineringen ikke ble støttet av hendelsesforløpet eller sakens ytre omstendigheter. Det forelå ikke opplysninger som ga grunn til å tro at den kvinnelige gjesten ble behandlet dårligere enn andre ville ha blitt i en tilsvarende situasjon. Bevisbyrden gikk derfor ikke over på hotellet.

Eksempel fra praksis der beviskravet ble ansett oppfylt er en sak fra ombudets fra 2013, som gjaldt spørsmålet om en mann ble forskjellsbehandlet på grunn av mannens nasjonale opprinnelse.⁸⁶ Et bilutleiefirma nektet å leie ut bil til en mann, begrunnet i at han ikke hadde riktig bankkort. Mannen som ble nektet utleie mente derimot at denne nektelsen skyldtes hans rumenske bakgrunn. Det var derfor påstand mot påstand mellom partene i saken om hva som faktisk var årsaken til at den rumenske mannen ikke fikk leie en bil, og den ene versjonen var etter ombudets mening ikke mer sannsynlig enn den andre. Det faktum at mannen ble nektet å leie en bil av bilutleiefirmaet etter at han hadde fremvist et rumensk førerkort, og at hans nasjonale opprinnelse derfor var kjent for de ansatte i firmaet, ble ikke ansett nok til å oppfylle beviskravet. Lovens forbud innebærer at det må være en årsakssammenheng mellom avslaget

⁸³ Nemdas sak nr.15/2010 og ombudets sak nr.12/1855

⁸⁴ Ot.prp.nr. 35 (2004-2005) s. 57

⁸⁵ Nemdas sak nr.15/2010

⁸⁶ Ombudets sak nr.12/1855

og kundens nasjonale opprinnelse, og ombudet uttalte i den forbindelse at også utenlandske kunder må oppfylle standardkravene ved utleie av bil. Ombudet kom imidlertid til at kortet som mannen fremviste oppfylte standardkravene til bilutleiefirmaet, og at dette momentet ga grunn til å tro at han ble nektet å leie bil fordi han har rumensk opprinnelse. Det ble derfor opp til bilutleiefirmaet å sannsynliggjøre at dette ikke var tilfellet.

Et annet eksempel fra praksis der beviskravet ble ansett oppfylt er en sak fra nemdas fra 2007.⁸⁷ Saken gjaldt salg av privat bolig der selgeren ikke ville akseptere et bud fra en person med en annen etnisk bakgrunn enn norsk, selv om budet var det høyeste. I stedet valgte selgeren å selge boligen til en etnisk norsk familie som hadde gitt et lavere bud. Nemda uttalte at det faktum at klageren, i motsetning til familien som fikk tilslaget på boligen, ikke har etnisk norsk bakgrunn, ikke i seg selv var nok til at bevisbyrden gikk over på selgeren. Det at klageren ikke fikk tilslaget på boligen til tross for å ha det høyeste budet, og at selgeren hadde gitt uttalelser til en avis som pekte i retning av etnisk diskriminering, var imidlertid etter nemdas mening ytre omstendigheter i saken som underbygget påstanden om at selgeren la vekt på klagerens etnisitet. Beviskravet ble derfor ansett oppfylt.

For prostituerte gjester som blir nektet overnatting på et hotell vil det derfor ikke være nok å påstå at det har skjedd en diskriminering fordi den prostituerte har et bestemt kjønn eller etnisitet. For at bevisbyrden skal gå over på hotellet, kreves det ytterligere holdepunkter i saken som underbygger påstanden om at dette faktisk var årsaken til nektelsen.

Dersom det blir konstatert at det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted en forskjellsbehandling i strid med diskrimineringslovgivningen, går bevisbyrden over på den innklagede part, som vil si *den ansvarlige* for handlingen, unnlatelsen eller ytringen.⁸⁸ Hvem som er «den ansvarlige» er ikke nærmere forklart i loven eller i forarbeidene. Forbudet mot diskriminering etter diskrimineringslovgivningen innebærer en plikt for *enhver* til å avstå fra diskriminering. Den ansvarlige vil derfor være «enhver», enten dette dreier seg om den som har utført forskjellsbehandlingen som påklages, eller andre enn den eller de som

⁸⁷ Nemdas sak nr. 7/2007

⁸⁸ Hedlund (2008a) s. 332

direkte har utført forskjellsbehandlingen det er tale om.⁸⁹ I praksis vil imidlertid bevisføringsplikten ligge på den eller de som ombudet og nemda forholder seg til som innklaget, og i forbindelse med utleievirksomhet på hotell vil dette ofte være arbeidsgiver. Det følger også av det alminnelige arbeidsgiveransvaret i norsk rett at arbeidsgiveren kan bli ansvarlig for de ansattes handlinger. Dette innebærer at det vil være i arbeidsgivers interesse å bevise at det ikke har foregått ulovlig forskjellsbehandling fra noen i virksomheten, i forbindelse med utøvelsen av arbeidsoppgavene.

Når det gjelder hvilket beviskrav som kreves for at den ansvarlige sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted, vil det være det alminnelige sivilrettslige beviskrav om sannsynlighetsovervekt. Dette innebærer at den ansvarlige må sannsynliggjøre med mer enn 50 prosent at forskjellsbehandling ikke har forekommet, at forskjellsbehandlingen skyldes andre forhold enn det eller de forbudte diskrimineringsgrunnlag, eller at det forelå saklig og lovlig grunn for forskjellsbehandlingen. Det vil ved denne vurderingen foretas en helhetlig vurdering av de opplysninger som foreligger. Dersom den ansvarlige ikke oppfyller denne delen av bevisføringsplikten, legges det til grunn at det har skjedd en forskjellsbehandling i strid med loven, og at det dermed foreligger diskriminering.

I saken nevnt ovenfor som omhandlet salg av den private boligen, kom nemda til at den ansvarlige hadde oppfylt sin bevisbyrde.⁹⁰ Selgeren forklarte seg om omstendighetene rundt salget av boligen, og hvordan de opplevde den forbigåtte kjøperen med det høyeste budet. Den ene av selgerne var ikke komfortabel med måten den forbigåtte kjøperen oppførte seg på da han morgenen etter den ordinære visningen oppsøkte selgeren for å se på huset. Han hadde banet seg vei i huset, var sint, aggressiv og lite hyggelig. Før budrunden var kommet i gang fortalte den kvinnelige selgeren sin nabo om det dårlige inntrykket hun hadde fått av denne mannen og at de hadde bestemt seg for at de ikke ville selge til han på grunn av dette inntrykket. Nemda fant ingen grunn til å tvile på troverdigheten til selgerens forklaring, og la til grunn at selgerne bestemte seg for at de ikke ville selge til den forbigåtte kjøperen på grunn av hans oppførsel. Selgeren hadde dermed sannsynliggjort at det var andre grunner enn den for-

⁸⁹ Ibid s. 333

⁹⁰ Nemdas sak nr. 7/2007. Se note 87

bigåtte kjøperens etnisitet som var årsaken til at de ikke ville selge han boligen. Det forelå derfor ikke diskriminering.

I nemdas sak som omhandlet de to asiatiske kvinnene som ble nektet overnatting på et hotell i Oslo, kom nemda derimot til at den ansvarlige ikke hadde klart å oppfylle sin bevisbyrde.⁹¹ Hotellet klarte ikke å sannsynliggjøre at det var andre forhold enn kjønn og etnisitet som gjorde at de to kvinnene ble nektet rom. Selv om hotellet begrunnet avvisningen i en generell henvisning til hotellets retningslinjer som gir adgang til å avvise personer med hjemadresse i Oslo og omegn, ga hotellet ingen forklaring på hvorfor resepsjonisten anså det som nødvendig å bruke avvisningsadgangen i dette konkrete tilfellet. Forholdet ble dermed ansett å være i strid med forbudet mot diskriminering etter likestillingsloven og diskrimineringsloven.

3.1.4 Straffeloven § 349 a

Straffeloven gir strafferettslig vern mot visse former for diskriminerende handlinger, unnlatelser eller ytringer. Som en begrensning i kontraktsfrihetsprinsippet, og dermed også en begrensning i hotellers adgang til å nekte prostituerte gjester overnatting, kommer bestemmelsen i straffeloven § 349 a første ledd inn, som lyder slik:

«Med bøter eller fengsel inntil 6 måneder straffes den som i ervervsmessig eller liknende virksomhet, på grunn av en persons religion eller livssyn, hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse nekter ham varer eller tjenester på de vilkår som gjelder for andre. På samme måte straffes den som i slik virksomhet nekter en person varer eller tjenester som nevnt på grunn av hans homofile legning, leveform eller orientering eller nedsatte funksjonsevne, såfremt nektelsen ikke skyldes manglende fysisk tilrettelegging.»

Denne bestemmelsen tar sikte på å oppfylle FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 5, som pålegger konvensjonspartene å forby og avskaffe enhver form for rasediskriminering og å sikre enhver, uten hensyn til blant annet rase likhet for loven. Dette gjelder særlig for de opplistede rettigheter som fremkommer i bokstav a-f i artikkelen. Bokstav f retter seg mot

⁹¹ Ombudets sak nr. 07/649 og nemdas sak nr. 1/2008. Se note 61

servicevirksomhet, og gjelder rett til adgang for enhver til ethvert sted eller innretninger til bruk for allmennheten så som transportmidler, hoteller, restauranter, kaféer, teatre og parker.

I forarbeidene til straffebestemmelsen ble det vurdert om straff var et hensiktsmessig eller nødvendig middel for å oppfylle forpliktelsene etter konvensjonen.⁹² Konvensjonen krever nemlig ikke at de diskriminerende handlingene etter artikkel 5 ubetinget skal være straffbare. Straffeloven § 349 a ble imidlertid ansett for å gi et viktig signal om at diskriminering på grunn av blant annet etnisitet ikke er akseptabelt, og har derfor blitt stående som en strafferettslig sikkerhetsventil ved siden av de sivilrettslige reaksjoner som fremkommer i diskrimineringslovgivningen.⁹³

Straffeloven § 349 a setter forbud for den som i ervervsmessig eller liknende virksomhet nekter en person varer eller tjenester på de vilkår som gjelder for andre, dersom dette skjer på grunn av vedkommendes diskrimineringsgrunnlag som er opplistet i bestemmelsen.

Anvendelsesområdet er «ervervsmessig eller liknende virksomhet». Dette vilkåret er ikke direkte definert i forarbeidene til loven, men det fremkommer derimot at bestemmelsen tar sikte på å forby rasdiskriminering under utøvelsen av næringsvirksomhet, for eksempel på hoteller og restauranter, eller i butikker.⁹⁴ I tillegg kreves det ikke etter forarbeidene at virksomheten skal være vedkommendes hovedbeskjeftigelse.⁹⁵ Bortsett fra rent private utleieforhold, som synes å falle utenfor bestemmelsens anvendelsesområde, taler bestemmelsens ordlyd og uttalelser i forarbeidene med tyngde for at bestemmelsen kommer til anvendelse for hoteller.⁹⁶

Forbudet etter bestemmelsen gjelder for «den som» nekter personer varer eller tjenester. Dette innebærer at bestemmelsen retter seg mot alle og enhver, dersom dette skjer som ledd i ervervsmessig virksomhet eller liknende. I forarbeidene til loven står det at forbudet gjelder

⁹² Ot.prp.nr. 48 (1969-1970)

⁹³ Ot.prp.nr. 33 (2004-2005) pkt. 17.2.2

⁹⁴ Ot.prp.nr. 48 (1969-1970) s. 1

⁹⁵ Ibid s. 19

⁹⁶ Rt. 1999 s. 1192

ikke bare for innehaveren av virksomheten, men også for de ansatte.⁹⁷ I tillegg følger det av straffeloven § 48a første ledd at et foretak kan straffes, når et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak.

Straffeloven § 349a tredje ledd inneholder et medvirkningstillegg. Dette innebærer at enhver som tilskynder eller på annen måte medvirker til diskriminering etter bestemmelsen, kan straffes.

Nektelse må gjelde «varer eller tjenester». Å leie ut rom fra hoteller til allmennheten vil inngå i begrepet «tjenester» og derfor være omfattet av bestemmelsen. I tillegg kreves det at nektelsen har skjedd «på grunn av» et av de oppregnede diskrimineringsgrunnlag. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig å fastslå at en person i de vernede persongruppene er blitt nektet varer eller tjenester, da det stilles krav til årsakssammenheng.

Diskrimineringsgrunnlagene som er opplistet i bestemmelsen, og som derfor er forbudt å vektlegge ved nektelsen, er en persons «religion eller livssyn, hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse, homofile legning, leveform eller orientering, eller nedsatte funksjonsevne». Dette innebærer at forskjellsbehandling på andre grunnlag enn de som er opplistet ikke er omfattet av bestemmelsen, og derfor ikke straffbare.

Kjønn er ikke et diskrimineringsgrunnlag som er med i denne oppregningen. Dette innebærer at tilfeller der de prostituerte blir diskriminert blant annet på bakgrunn av kjønn, eller på grunnlag av et samvirke av grunnlagene kjønn og etnisitet der ingen av grunnlagene anses oppfylt hver for seg, vil forskjellsbehandlingen *kun* være ulovlig etter det sivilrettslige diskrimineringsvernet og ikke etter det strafferettslige vernet i straffeloven § 349 a.

3.1.4.1 Skyldkravet

Straffeloven § 349 a må leses i sammenheng med straffelovens alminnelige del om betingelser for straffbarhet. Etter straffeloven § 40 første ledd, fremkommer det at gjerningspersonen må ha utvist skyld i gjerningsøyeblikket for å kunne bli straffet etter lovens bestemmelser, og

⁹⁷Ot.prp.nr. 48 (1969-1970) s. 28

det alminnelige skyldkravet er forsett. Forsettet må dekke alle de objektive straffbarhetsvilkår i bestemmelsen.

Begrepet «forsett» er ikke nærmere beskrevet i straffeloven. Etter gjeldende rett sonderer man imidlertid mellom tre typer forsett: Hensiktsforsett, sannsynlighetsforsett og dolus eventualis. Disse tre forsettstypene kommer også til uttrykk i en legaldefinisjon i den nye straffeloven av 2005 § 22. Bestemmelsen er enda ikke trådt i kraft, men er ment å kodifisere gjeldende rett.⁹⁸

Hensiktsforsett foreligger når en person ønsker å oppfylle gjerningsinnholdet i et straffebud. Sannsynlighetsforsett foreligger når en person ikke ønsker at handlingen eller dens konsekvenser skal bli som beskrevet i et straffebud, men likevel regner dette som sikkert eller mest sannsynlig. Personen må altså regne det for mer sannsynlig at handlingen får den aktuelle følge, enn at den ikke gjør det. Dolus eventualis foreligger når en person holder det for mulig at hans handlinger vil oppfylle et straffebud, men regner det ikke for mer sannsynlig, og bestemmer seg for å gjennomføre handlingen selv om følgen ville inntre. Lovbryteren har da positivt godtatt følgen i sin bevissthet.

3.1.4.2 Bevisbyrde

Det er påtalemyndigheten som normalt har bevisbyrden i straffesaker, og etter straffeloven § 349 a vil dette alltid være tilfellet. At det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden innebærer at det er de som har bevisføringsplikt og tvilsrisikoen. Kravet til bevisets styrke er i straffesaker at det ikke foreligger noen form for rimelig tvil om at vedkommende er skyldig. Dette betegnes gjerne som prinsippet om «in dubio pro reo». Reglene om bevisbyrde i straffesaker er ikke uttrykkelig sagt i loven, men er et gammelt og hevdvunnet prinsipp, begrunnet i at det er viktigere å unngå at uskyldige blir dømt enn at skyldige går fri.⁹⁹

Ettersom skyldkravet etter straffeloven § 349 a er forsett, innebærer dette at påtalemyndigheten må bevise utover enhver form for rimelig tvil at tiltalte hadde forsett da han brøt hvert eneste element i gjerningsbeskrivelsen i diskrimineringsforbudet. Det er imidlertid vanskelig for påtalemyndighetene å bevise årsakssammenhengen mellom nektelsen og diskriminerings-

⁹⁸ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 424

⁹⁹ Andenæs (2012) s. 160

grunnlaget, ettersom dette dreier seg om bevissthetsprosesser som ikke er gjenstand for direkte iakttagelser. Dersom den tiltalte kan skape tvil om dette var motivet for nektelsen, vil det derfor være vanskelig for påtalemyndigheten å føre motbevis ut over enhver rimelig tvil. Dersom påtalemyndigheten ikke oppfyller denne bevisbyrden blir resultatet frifinnelse. På denne bakgrunn har bestemmelsen derfor meget sjelden kommet til anvendelse i praksis.¹⁰⁰

Et eksempel på at bestemmelsen kom opp for retten, og kravet til årsakssammenheng ble ansett oppfylt, er Oslo byretts dom fra 2001.¹⁰¹ Saken dreide seg om en ghaneser som ble nektet adgang til en nattklubb, begrunnet i at han var beruset. Etter en samlet bevisførsel fikk retten inntrykk av at utestedet over lengre tid hadde nektet gjester adgang på grunn av sin hudfarge eller etniske opprinnelse. Dørvaktene fikk instruks fra både daglig leder og styrets formann om å sørge for at stedet ikke ble «stappa fullt» med innvandrere, og som avvisningsmetode krevde dørvaktene enten medlemskap eller studentlegitimasjon, uten at andre gjester ble avkrevd dette. Ghaneseren ble også avkrevd studentlegitimasjon den aktuelle kvelden, men ettersom han ikke hadde dette ble han nektet adgang. Flertallet av dommerne fant det bevist at mannen ble nektet adgang på grunn av sin hudfarge eller etniske opprinnelse. Mindretallet av dommerne fant det derimot ikke bevist at det var en årsakssammenheng mellom nektelsen og diskrimineringsgrunnlagene, da dommeren ikke kunne se bort fra at mannen ble nektet adgang fordi han var beruset. Dommen ble derfor avsagt under dissens, noe som kan være begrunnet i det strenge beviskravet.

3.2 Kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag

Som tidligere nevnt er det mulig at det i enkelte tilfeller kan oppstilles en kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag. Det har fra enkelte blitt hevdet at den som tilbyr sine varer eller tjenester til allmennheten, antagelig vil ha en kontraheringsplikt overfor alle, såfremt det ikke er saklig grunn til å nekte å slutte avtale.¹⁰²

Det har imidlertid vært uenighet blant jurister om hvorvidt det faktisk foreligger kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag, og det har vært knyttet enda større usikkerhet til hvor langt

¹⁰⁰ Ot.prp.nr. 29 (1980-1981) s. 15

¹⁰¹ Sak nr. 00-09727 M/28

¹⁰² Parr (2007)

en slik plikt eventuelt rekker. De ulike rettskildene kan på dette punkt til dels peke i den ene så vell som i den andre retning.

Ulovfestet kontraheringsplikt har særlig vært diskutert i forbindelse med forsikringsretten. I forarbeidene til forsikringsavtaleloven, hvor ett av spørsmålene er om det skal lovfestes en kontraheringsplikt, slås det først fast at: «Et forsikringsselskap står i dag fritt til å avslå å inngå en forsikring.¹⁰³ En sier at de ikke har kontraheringsplikt». Men videre uttales det at det ikke er umulig at kontraheringsplikt kan etableres på fritt grunnlag i enkelte tilfeller. De viser til at Forsikringsskadenemda i noen få saker har lagt til grunn at det foreligger en slik kontraheringsplikt, der det har blitt stilt krav til likebehandling mellom forsikringskunder.

I 2004 kom Justisdepartementet med en tolkningsuttalelse om forsikringsselskapenes kontraheringsplikt.¹⁰⁴ Departementet påpeker at det i senere juridisk teori har blitt tatt til orde for at det foreligger en generell kontraheringsplikt, og viser blant annet til en artikkel skrevet av Trine-Lise Wilhelm om forsikringsselskapenes kontraheringsplikt.¹⁰⁵ Wilhelmsen sonderer her mellom total og partiell kontraheringsplikt, hvor den totale kontraheringsplikten innebærer en absolutt plikt til å tilby forsikring, mens en partiell kontraheringsplikt innebærer en forpliktelse til å yte forsikring med mindre det foreligger saklig grunn til å nekte.¹⁰⁶ Wilhelmsen mener at det må kunne utledes et prinsipp om partiell kontraheringsplikt for forsikringsselskaper. Etter departementets syn er det likevel tvilsomt om det kan konkluderes med at det gjelder en generell ulovfestet kontraheringsplikt for forsikringsselskaper, og påpeker at det skal klare holdepunkter til for å etablere en slik plikt.¹⁰⁷

I senere uttalelser fra Justisdepartementet vises det til at Forsikringsskadenemda har lagt til grunn at det gjelder et ulovfestet krav om saklig grunn ved forsikringsnektelse i en rekke saker, etter departements tolkningsbrev i 2004.¹⁰⁸ Departementet uttaler deretter: «Denne utviklingen kan nå gjøre det nærliggende å oppstille en slik ulovfestet regel, i hvert fall for tilfeller

¹⁰³ NOU 2000:23 s. 87

¹⁰⁴ Tolkningsuttalelse nr.200408060 (2004)

¹⁰⁵ Wilhelmsen (1995)

¹⁰⁶ Ibid

¹⁰⁷ Tolkningsuttalelse nr.200408060 (2004)

¹⁰⁸ Innst.O.nr. 56 (2007-2008) s. 2

der det må anses klart at nektelsen savner saklig grunnlag. Det nærmere innholdet i et eventuelt ulovfestet krav til saklig grunn ved kontraheringsnektelse i forsikring er imidlertid uklart».

Selv om det synes å ha foreligget en ulovfestet partiell kontraheringsplikt på forsikringsrettens område, trenger ikke dette bety at det foreligger en slik alminnelig plikt også på andre rettsområder hvor varer og tjenester tilbys til allmennheten. Forsikringer står i en noe spesiell stilling ettersom forsikringstakere kan være avhengig av noen av de forsikringene selskapene tilbyr, i tillegg til at forsikringer generelt skaper økonomisk trygghet. For enkelte forsikringer vil imidlertid ikke disse hensynene gjøre seg gjeldende med like stor tyngde ettersom vi har et nasjonalt og sosialt forsikringssystem, Folketrygden.¹⁰⁹ Folketrygdens formål er å gi grunnleggende økonomisk trygghet til dens medlemmer, og etter folketrygdloven § 2-1 er blant annet norske statsborgere og personer bosatt i Norge pliktige medlemmer av Folketrygden. Dette innebærer at tjenestene Folketrygden tilbyr ikke kan nektes for disse personene.

Selv om tilgang til private forsikringstjenester likevel kan bety mye for forsikringstakere, kan også tilgang til varer og tjenester på andre rettsområder være vel så viktig for enkelte. Gode grunner taler derfor for at den ulovfestede partielle kontraheringsplikten ikke bare skal gjelde på forsikringsrettens område. En fersk høyesterettsdom kan også gå i denne retning. I januar 2014 ble det avsagt en enstemmig høyesterettsdom, der et av spørsmålene i saken var om det forelå kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag for et alpinanlegg.¹¹⁰ Bakgrunnen for spørsmålet var at alpinanlegget hadde nektet medarbeiderne av skiskolen adgang til skiheisene ved å sperre heiskortene. Skiskolen hadde nemlig ikke gått med på å betale en høyere pris for heiskortene, ettersom dette innebar dårligere vilkår enn det de tidligere hadde fått, og en differensiert pris i forhold til andre. Om dette uttalte Høyesterett at det ikke forelå kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag i dette tilfellet, og sa videre: «Når man tilbyr en standardisert tjeneste til allmennheten, slik skiheiser er, må det riktignok gjelde et saklighetskrav ved differensiering mellom kundegrupper».

Denne høyesterettsdommen kan oppfattes som et argument for at det kan foreligge en partiell kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag også utenfor forsikringsrettens område, i hvert fall

¹⁰⁹ Lov om folketrygd av 28. februar 1997

¹¹⁰ Rt. 2014 s. 36

når man tilbyr en standardisert tjeneste til allmennheten. For meg fremstår det imidlertid usikkert om dette, i følge dommen, kun gjelder i de tilfeller der det settes andre vilkår for å få tilgang til varen eller tjenesten enn det som gjelder for andre, eller om dette gjelder også der noen nektes tilgang til en vare eller tjeneste uansett.

Etter min mening er det derfor uklart om det foreligger en ulovfestet partiell kontraheringsplikt for hoteller som tilbyr overnatting. Dersom det imidlertid legges til grunn at det foreligger en slik ulovfestet kontraheringsplikt for denne bransjen, blir spørsmålet hva som kan være saklig grunn for å nekte å slutte avtale med gjester som ønsker overnatting.

Hva som ligger i en slik saklighetsvurdering er ikke enkelt å gi noe generelt svar på, ettersom det foreligger et mangelfullt rettskildegrunnlag på området. Reelle hensyn taler imidlertid for at beslutningen om å nekte gjester overnatting bør være begrunnet i forhold som angår virksomheten og ikke i utenforliggende hensyn, i tillegg til at beslutningen bør bygge på et riktig og tilstrekkelig faktisk grunnlag. Hensynet til sammenhengen til resten av lovverket tilsier også at det som etter loven er forbudt å legge vekt på, ikke kan anses å utgjøre en saklig grunn. Dette innebærer i så fall at det ikke vil være saklig for et overnattingssted å legge vekt på diskrimineringsgrunnlag som er opplistet i diskrimineringslovgivningen eller i straffeloven § 349 a.

3.3 Oppsummering

På enkelte livsområder gjør det seg gjeldende hensyn som anses så viktige å beskytte, at de kan medføre en plikt for partene til å kontrahere. Et av disse hensynene er at personer eller grupper som er ansett å være ekstra sårbare eller av andre grunner trenger et ekstra vern, ikke skal bli utsatt for diskriminering. Det finnes derfor bestemmelser i den sivilrettslige diskrimineringslovgivningen og i straffeloven § 349 a som har til formål å gi disse personene et særskilt vern, ved å forby diskriminering som skjer på grunnlag av blant annet deres kjønn, etnisitet, religion eller seksuell orientering. Disse bestemmelsene kommer også til anvendelse for hoteller som leier ut overnatting til allmennheten, og medfører at hotellene ikke har full frihet til å velge om de vil leie ut overnatting til sine gjester dersom dette medfører diskriminering på et forbudt grunnlag.

Til tross for at prostituerte er en sosialt utsatt gruppe, er de ikke en av de vernede persongruppene som den sivilrettslige diskrimineringslovgivningen eller straffeloven § 349 a forbyr å diskriminere. Å nekte prostituerte gjester overnatting på et hotell er derfor i seg selv ikke forbudt etter disse bestemmelsene. Dette innebærer at hoteller i kraft av kontraktsfrihetsprinsippet har adgang til å nekte prostituerte gjester overnatting.

Det vil derimot være ulovlig for et hotell å nekte en prostituert gjest overnatting dersom grunnlaget for nektelsen ikke alene er begrunnet i at vedkommende er prostituert, men er begrunnet i et eller flere av grunnlagene diskrimineringslovgivningen og straffeloven § 349 a forbyr å diskriminere. Dette kan i praksis gjøre det vanskelig for et hotell å nekte de prostituerte gjestene overnatting, ettersom det ofte er kjønn og/eller etnisitet som kjennetegner de prostituerte, og som derfor ofte utgjør grunnlaget for nektelsen.

4 Kontraheringsforbudet

Selv om en part i utgangspunktet står fritt til å avtale det en vil på formuerettens område, har lovgiver ansett det for nødvendig å begrense denne friheten på enkelte områder ut fra alminnelige samfunnshensyn.¹¹¹ Noen avtaler anses som så skadelige at de derfor er forbudt ved lov. Eksempler på dette er pristiltaksloven som forbyr avtaler som innebærer urimelige priser, servituttolven som forbyr å inngå visse avtaler om bruksrettigheter i skog eller arveloven som setter forbud mot å selge arv en har i vente.¹¹² Noen avtaler anses i tillegg å være så skadelige eller uønskede at de rammes av straffelovens forbudsbestemmelser.¹¹³ Den såkalte hallikbestemmelsen i straffeloven § 202, som blant annet forbyr å leie ut rom til prostitusjon, er et eksempel på dette. Denne bestemmelsen kan medføre kontraheringsforbud for hoteller som leier ut rom til sine gjester.

Politiet har flere ganger gått ut i media for å advare hoteller mot at de kan bli anmeldt etter hallikparagrafen ved å leie ut rom til prostitusjonsvirksomhet. Et eksempel på dette er et oppslag på nettsiden til NRK Rogaland.¹¹⁴ Leder for etterretningsseksjonen ved Haugaland og Sunnhordland politidistrikt, Geir Hessen, uttaler i dette oppslaget at hvis et overnattingssted oppdager prostitusjonsvirksomhet, så har de ansvar for å gjøre noe med det. Han forteller videre at de kan komme i straffansvar dersom de med vitende og vilje lar dette foregå. Politiet har også siden 2007 gjennomført Operasjon Husløs, som er en aksjon hvor politiet med hjemmel i nettopp hallikparagrafen oppsøker leiligheter og hoteller der kvinner selger sex, og informerer utleier at de risikerer halliktiltale dersom forholdet ikke opphører. Det er etter dette forståelig at flere i hotellbransjen er redde for å kunne bli straffet etter den såkalte hallikparagrafen når de leier ut rom til sine gjester, selv om de i utgangspunktet ikke ønsker prostitusjonsvirksomhet på sitt overnattingssted. Mange hoteller har derfor innført rutiner for å forhindre at nettopp de prostituerte booker rom hos dem.

På denne bakgrunn vil jeg i det følgende redegjøre for kontraheringsforbudet i straffeloven § 202, og se nærmere på hvilken plikt et hotell har til å nekte prostituerte gjester overnatting.

¹¹¹ Haaskjold (2013) s. 33

¹¹² Hov (2002) s. 39

¹¹³ Ibid

¹¹⁴ Grimen. www.nrk.no (2013)

4.1 Forbudet mot å leie ut lokaler til prostitusjon etter straffeloven § 202

Straffeloven § 202 lyder:

«Den som

- a) Fremmer andres prostitusjon eller
- b) leier ut lokaler og forstår at lokalene skal brukes til prostitusjon eller utviser grov uaktsomhet i så måte,

Straffes med bøter eller fengsel inntil 5 år.

Den som i offentlig kunngjøring utvetydig tilbyr, formidler eller etterspør prostitusjon, straffes med bøter eller med fengsel inntil 6 måneder.

Med prostitusjon menes i denne bestemmelsen at en person har seksuell omgang eller handling med en annen mot vederlag».

Det er bestemmelsens første ledd som er relevant for den videre drøftelsen, og som jeg vil komme nærmere inn på.

4.1.1 Det straffbare forhold

4.1.1.1 «Prostitusjon»

Felles for gjerningsbeskrivelsene i straffeloven § 202 første ledd bokstav a og b, er at det må dreie seg om prostitusjon.

Begrepet «prostitusjon» er definert i bestemmelsens tredje ledd, og omfatter både seksuell omgang og seksuell handling med en annen mot vederlag. Det fremgår av forarbeidene til loven at begrepet prostitusjon er ment å ha samme betydningsinnhold og rekkevidde som den tidligere straffeloven § 206, som talte om å «drive utukt som erverv» og ervervsmessig utukt.¹¹⁵ Begrunnelsen for at man valgte å endre begrepsbruken fra «utukt» til «seksuell» var for å gjøre begrepet mer tilgjengelig og moderne, sånn at meningsinnholdet skulle være klart

¹¹⁵ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s. 86

for de fleste.¹¹⁶ Tidligere praksis om hva som regnes som «å drive utukt som erverv» og ervervsmessig utukt» vil dermed fortsatt ha gyldighet.

Seksuell omgang omfatter samleie og andre kvalifiserte tilfeller av kjønnslig fysisk kontakt, mens begrepet seksuell handling omfatter de mildere tilfeller av berøring av kjønnslig karakter.¹¹⁷ Den seksuelle handlingen må avgrenses nedad mot seksuelt krenkende atferd, som ikke omfattes av definisjonen. Et viktig skille går ved at den seksuelle handlingen forekommer *med en annen*, mens en seksuell adferd bare krever at adferden skjer i *nærvær* av eller *overfor* en annen, eller på offentlig sted.¹¹⁸

Den seksuelle omgangen eller handlingen må skje «mot vederlag», som vil si at det må være en form for betaling for den seksuelle tjenesten. I følge forarbeidene til loven oppstilles det ikke noen krav til vederlagets form, og vederlaget kan derfor bestå av for eksempel penger, narkotika, klær eller tjenester.¹¹⁹

Begrepet «prostitusjon» omfatter både salg av seksuelle tjenester ved et engangstilfelle eller til faste kunder.¹²⁰ Blir kontakten derimot fast og/eller langvarig, vil grensen fra prostitusjon til forhold bli vanskeligere å trekke. Som det fremgår av forarbeidene er meningen at det skal dreie seg om «kjøp og salg av seksuelle tjenester».¹²¹ Det er lagt til grunn i praksis at det ikke er noe vilkår at den prostituerte personen kan identifiseres.¹²² Et slikt vilkår vil kunne gjøre straffetrusselen i straffeloven § 202 illusorisk i de tilfeller der det foregår prostitusjon i et stort omfang, men der det er problematisk å identifisere den prostituerte.

4.1.1.2 Gjerningsalternativet i bokstav a

Etter bestemmelsens første ledd bokstav a, er det forbudt å «fremme» andres prostitusjon, og dette forbudet tar sikte på å ramme den tradisjonelle hallikvirksomheten.

¹¹⁶ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s. 19

¹¹⁷ Ot.prp.nr. 48 (2007-2008) s. 10

¹¹⁸ Andenæs (2009) s. 141

¹¹⁹ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s. 117

¹²⁰ Ibid

¹²¹ Ibid

¹²² Rt. 2004 s. 331 avsnitt 41

Etter en naturlig språklig forståelse av «å fremme andres prostitusjon» innebærer dette medvirkningshandlinger som legger til rette for andres prostitusjon eller på annen måte bidrar til andres prostitusjon. Det er også denne forståelsen som er lagt til grunn i forarbeidene, rettspraksis og i juridisk teori.¹²³ Hvor mye som kreves for å bidra til andres prostitusjon, avhenger av den konkrete situasjonen.¹²⁴

Det er ifølge forarbeidene uten betydning hvordan man bidrar til andres prostitusjon, og det er også uten betydning om den som bidrar oppnår økonomisk vinning.¹²⁵ Bestemmelsen vil derfor også kunne ramme personer som kun ønsker å beskytte den prostituerte. Typiske eksempler på forhold som rammes av denne gjerningsbeskrivelsen er det å drive mellommannsvirksomhet som sørger for at den prostituerte har kunder, transporteres til et sted der kundene er, og ellers bidrar til at prostitusjon kan skje.¹²⁶

I den såkalte «Skippagurrasaken» ble to menn dømt for nettopp å ha fremmet prostitusjon etter den tidligere straffeloven § 206.¹²⁷ De to mennene hadde invitert og utstedt garantierklæringer for visum til russiske kvinner, slik at de russiske kvinnene kunne komme til Norge for å selge sex fra utleiehytter som de tiltalte selv eide. De hadde på denne måten bidratt til at prostitusjonen kunne finne sted. Denne høyesterettsavgjørelsen var det første rene tilfellet av utleie av lokaler til prostitusjon som har vært oppe for høyesterett.¹²⁸

4.1.1.3 Gjerningsalternativet i bokstav b

Etter en lovendring i 1995 ble det uttrykkelig straffbart å leie ut lokaler til prostitusjon, og forbudet kommer nå til uttrykk i straffeloven § 202 første ledd bokstav b.¹²⁹

¹²³ NOU:23 pkt. 4.7.1

¹²⁴ Rt. 2004 s. 331 avsnitt 27

¹²⁵ Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 97

¹²⁶ Ibid

¹²⁷ Rt. 2004 s. 331

¹²⁸ Rt.2006 s. 1685

¹²⁹ Lov 7. april 1995 nr. 15

Dette straffalternativet ble opprinnelig foreslått tatt med i loven for å ramme utleie til ren bordellvirksomhet.¹³⁰ Før lovendringen antok man i følge forarbeidene at slik utleievirksomhet ble rammet av straffalternativet i bokstav a, som rammer den generelle medvirkningen til prostitusjon.¹³¹ Ettersom utleie av lokaler til bordellvirksomhet kunne «vera vanskeleg å lesa ut av lova», ble lovendringen likevel ansett nødvendig for å presisere at også utleie av lokaler til bordellvirksomhet ble rammet av straffebudet.¹³² Dette straffalternativet anses nå som en spesialisert medvirkningsbestemmelse i forhold til straffalternativet i bokstav a.¹³³

Gjerningsbeskrivelsen i bokstav b, «leier ut lokaler (...) til prostitusjon», gir etter en naturlig språklig forståelse uttrykk av å dekke også andre utleietilfeller enn kun utleiere som har til formål å drive ren bordellvirksomhet. Dette er også forutsatt i forarbeidene til loven, og har blitt lagt til grunn av Høyesterett.¹³⁴ I Rt. 2006 s. 1685 gjaldt spørsmålet om lagmannsrettens lovanvendelse var feil, da tre personer ble dømt for overtredelse av straffeloven § 202 første ledd bokstav b, for å ha leid ut rom som ble brukt til prostitusjon. Forsvareren hevdet forgjeves at straffalternativet «leier ut lokaler» kun rammet ren bordellvirksomhet, og at så lenge lokalene ble leid ut til boformål kunne ikke utleieren straffes, selv om det senere skulle vise seg at leieboere drev med prostitusjonsvirksomhet.¹³⁵ Forsvareren støttet seg på forarbeidene som flere steder bruker uttrykket «bordellvirksomhet». Høyesterett fant derimot ikke grunnlag for en slik innskrenkende fortolkning av ordlyden i bestemmelsen, og uttalte at meningen med dette straffalternativet i følge forarbeidene var å ramme all utleie av lokaler som brukes til prostitusjon, og ikke kun ren bordellvirksomhet.¹³⁶ Til tross for at forsvareren pekte på at en tolkning strengt etter ordlyden medfører at utleiere av hotellrom og boliger uforsvarende kan komme i straffansvar, mente Høyesterett at hensynet til utleierne blir godt nok ivaretatt ved skyldkravet.

¹³⁰ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s. 7-8

¹³¹ Ibid s. 87

¹³² Innst.O.nr. 34 (1994-1995) pkt. 2

¹³³ Andenæs (2009) s. 178

¹³⁴ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s. 117 og Rt. 2006 s. 1685

¹³⁵ Rt. 2006 s. 1685 avsnitt 13

¹³⁶ Ibid premiss 14

Tilfeller der hoteller leier ut rom til prostitusjon, uten ellers å bidra på noen annen måte til at prostitusjon kan foregå, vil etter dette falle inn under den spesialiserte medvirkningsbestemmelse i bokstav b.

Ordlyden i straffeloven § 202 første ledd bokstav b, beskriver det straffbare forhold i utgangspunktet som en aktiv handling, nemlig det å leie ut lokaler. Dette er en aktiv handling som skjer på det tidspunktet det er aktuelt å inngå en avtale om utleie. Spørsmålet blir da om denne bestemmelsen også kan overtres ved unnlatelse. Det er forutsatt, både i forarbeidene til loven og i rettspraksis, at bestemmelsen også kommer til anvendelse på en utleier som forholder seg passiv når han eller hun underveis i et leieforhold forstår at lokalene brukes til prostitusjon, eller utviser grov uaktsomhet i så måte.¹³⁷

Det fremgår etter dette at et hotell ikke lovlig kan forholde seg passiv når hotellet underveis i et leieforhold forstår at et rom brukes til prostitusjon, eller utviser grov uaktsomhet i så måte. Spørsmålet blir da hva som kreves av handling for å gå klar av straffansvar; altså hvilken handleplikt hotellet har.

I den såkalte «Skippagurrasaken» uttalte Høyesterett at det i alle fall som en hovedregel ikke kan kreves at de ansvarlige ved en overnattingsbedrift stiller et uttrykkelig spørsmål om vedkommende kvinne tar sikte på prostitusjon under oppholdet.¹³⁸ I den forbindelse viste Høyesterett også til at det for overnattingsbedrifter oppstår særlige spørsmål i forhold til at avvising av kvinner, bare fordi de har en bestemt etnisk opprinnelse, vil være diskriminering og kan utløse straffansvar etter straffeloven § 349 a. På denne bakgrunn mente Høyesterett at kontraheringsplikten som kan utledes av straffeloven § 349 a «medfører at mottakelse av et reisefølge, selv om man har mistanke om at noen av følget vil drive prostitusjon på eller fra stedet, ikke gir grunnlag for å nekte dem overnatting». I denne saken hadde den ene av de tiltalte hengt opp oppslag i utleiehyttene der det uttrykkelig stod at salg av seksuelle tjenester var forbudt. Til tross for oppslagene hadde den tiltalte likevel utøvd stor aktivitet for å fremme prostitusjon fra utleiehyttene. Tiltalte hadde derfor etter Høyesteretts mening ikke oppfylt sin handleplikt.

¹³⁷ LB-2009-171089 og Rt. 2004 s. 331

¹³⁸ Rt. 2004 s. 331 avsnitt 28

I en lagmannsrettsdom fra 2009, var sakens hovedspørsmål nettopp omfanget av utleiers handleplikt når han underveis i leieforholdet forstår at det foregår prostitusjon i de utleide lokalene.¹³⁹ Handleplikten kunne etter lagmannsrettens oppfatning formuleres som et spørsmål om utleieren har gjort det man med rimelighet kan forlange. Flertallet av dommerne mente at utleierne av flere bygårder hadde oppfylt sin handleplikt da de etter å ha blitt klar over prostitusjonen blant annet hadde utferdiget en rekke oppsigelser, etablert nattlig vakthold og nektet flere menn adgang til gårdene. Mindretallet av dommerne mente derimot at handleplikten ikke var oppfylt, ettersom utleierne ikke øyeblikkelig hadde hevet leieavtalen. I dommen ble det vist til uttalelser i forarbeidene til loven. Der fremgår det at en utleier ikke vil kunne straffes selv om han forstår at lokalene brukes til prostitusjon eller utviser grov uaktsomhet i så måte, dersom han på det tidspunktet er bundet av en utleiekontrakt og verken denne eller husleieloven hjemler en oppsigelsesadgang.¹⁴⁰ Saken vil derimot naturligvis stilles seg annerledes dersom utleier har mulighet for å si opp leietaker, men unnlater å gjøre dette.¹⁴¹

Et annet eksempel på utleieres handleplikt er en lagmannsrettsdom fra 2006. I denne saken hadde tre personer leid ut rom fra et pensjonat som de forsto ble brukt til prostitusjon i stort omgang.¹⁴² Politiet sendte brev til en av de tiltalte hvor de gjorde oppmerksom på at det er straffbart å leie ut lokaler til prostitusjon, og anmodet om å gjøre nødvendige tiltak for å bringe prostitusjonen til opphør. De tre tiltalte hadde en åpen dialog med politiet om prostitusjonsvirksomheten, og ved enkelte anledninger ba den ene av de tiltalte politiet om hjelp for å hindre at det ble drevet prostitusjon fra pensjonatet. Politiet hadde da gitt beskjed om at han selv måtte sørge for å holde kontroll med gjestene, men at han kunne få bistand dersom det oppsto ordensproblemer. De tiltalte satte i verk flere tiltak for å hindre prostitusjonen, blant annet ved å kreve at beboerne undertegnet skjema om at det ikke var tillatt med prostitusjon på rommene. Enkelte prostituerte ble også bedt om å forlate pensjonatet. Mønsteret på prostitusjonen ved pensjonatet endret seg etter dette, ved at prostitusjonsvirksomheten på pensjonatet ble mindre synlig. Det nye mønsteret var imidlertid kjent for de tiltalte, og de forsto også

¹³⁹ LB-2009-171089

¹⁴⁰ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s. 88

¹⁴¹ Ibid

¹⁴² LB-2006-6456 Den ene av de tiltalte i saken anket straffutmålingen til Høyesterett. Ved siden av straffutmålingen prøvde Høyesterett også lovanvendelsen under anken. Dommen er omtalt i avsnitt 3.2.1.3 jf. note 107

etter endringene at det fortsatt ble drevet prostitusjon fra rommene. Til tross for dette ble avtalene om utleie til de aktuelle prostituerte stadig forlenget. Lagmannsretten mente at de tiltakene som ble satt i gang for å hindre prostitusjonen fra pensjonatet ikke var nok til at de hadde oppfylt sin handleplikt.

4.1.2 Hvem som omfattes av forbudet

Forbudet i straffeloven § 202 første ledd bokstav a og b, retter seg mot «den som» fremmer prostitusjon/leier ut lokaler som skal brukes til prostitusjon. Dette innebærer at straffalternativene etter bestemmelsen retter seg mot alle og enhver som foretar disse handlingen. Dersom for eksempel en resepsjonist som er ansatt på et hotell er den personen som leier ut rommet som skal brukes til prostitusjon, kan denne resepsjonisten straffes etter bestemmelsen.

4.1.2.1 Medvirkning

Straffeloven § 202 inneholder ingen medvirkningstillegg, slik den tidligere straffeloven § 206 inneholdt. Medvirkning til brudd på straffeloven § 202 rammes derfor av den generelle medvirkningsbestemmelsen i straffeloven § 205, hvor det står: «Straffebud i dette kapittel rammer også den som medvirker til handlingen». Dette innebærer at den som medvirker til å leie ut lokaler som blir brukt til prostitusjon kan straffes for medvirkning til overtredelse av straffeloven § 202, jf. straffeloven § 205.

Et eksempel på at en medvirker ble dømt for medvirkning til å leie ut lokaler som ble brukt til prostitusjon, er lagmannsrettsdommen fra 2006, som er omtalt ovenfor.¹⁴³ I denne saken ble en av de tre tiltalte dømt for medvirkning ettersom hun hadde bistått sin kjæreste som var en av innehaverne av et pensjonat, med å rengjøre rom, registrere nye gjester, utlevere nøkkelskort og tatt i mot betaling. Til tross for at kvinnen verken var eier eller ansatt ved pensjonatet, og at hun følgelig hadde liten påvirkning når det gjaldt den overordnede driften av pensjonatet, hadde hun inngått et ikke ubetydelig antall avtaler om leie av rom på tross av at hun var klar over at formålet var å drive prostitusjon. Hun ble derfor dømt for medvirkning til overtredelse av straffeloven § 202 første ledd bokstav b, jf. straffeloven § 205.

¹⁴³ LB-2006-6456

4.1.2.2 Foretaksstraff

Etter straffeloven § 48a første ledd kan også foretaket straffes dersom et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av foretaket. Dette innebærer at en hotellbedrift kan straffes dersom en ansatt har leid ut rom til prostitusjon. Det følger av rettspraksis at et foretak også kan ilegges foretaksstraff selv om ledelsen ikke kan klandres for den ansattes handlinger.¹⁴⁴

For at foretaksstraff skal kunne bli ilagt etter straffeloven § 48a, er det et vilkår at den handlende må ha positiv hjemmel for å handle for den representerte, jf. formuleringen «på vegne av foretaket». Dette kan for eksempel dreie seg om en arbeidsavtale mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver. Det settes imidlertid grenser for hvilke handlinger et foretak hefter for, og det følger av forarbeidene til loven at en virksomhet ikke er ansvarlig for handlinger «som bærer et klart preg av illojalitet mot foretaket».¹⁴⁵ Et eksempel på dette er dersom en ansatt klart handler i strid med instruks vedkommende har fått fra sin arbeidsgiver. Instruksbrudd fritar imidlertid bare for ansvar dersom foretaket ikke kunne ha forutsett at instruksene ville bli brutt.¹⁴⁶

Et foretak blir ikke uten videre ilagt foretaksstraff dersom en ansatt, som har handlet på vegne av foretaket, blir funnet skyldig i å ha overtrådt et straffebud. Det følger nemlig av formuleringen i straffeloven § 48 a første ledd, at et foretak *kan* straffes. Når det er reist tiltale mot et foretak, står retten derfor fritt i sin vurdering av om foretaksstraff bør ilegges selv om vilkårene er oppfylt. Straffeloven § 48 b oppstiller momenter som retten særlig skal ta hensyn til ved vurderingen av om straff skal ilegges et foretak.

4.1.3 Skyldkravet

For at man skal kunne straffes for å leie ut rom til prostituerte gjester må man ha utvist skyld jf. straffeloven § 40 første ledd. Hovedregelen etter denne bestemmelsen er et skyldkrav om

¹⁴⁴ Rt. 2012 s. 770 avsnitt 21

¹⁴⁵ Ot.prp.nr. 27 (1990-1991) s. 17

¹⁴⁶ Ibid

forsett.¹⁴⁷ Unntaket er dersom det «udtrykkelig er bestemt eller utvetydig forudsat» at også uaktsomme handlinger er straffbare.

For handlinger som kommer inn under gjerningsalternativet i bokstav a, «å fremme» andres prostitusjon, er det ikke oppstilt noe skyldkrav. Det følger derfor av straffeloven § 40 første ledd at det kreves forsett for å kunne straffes for disse handlingene. Dette innebærer at en person må med sikker eller overveiende sannsynlighet ha visst at han eller hun fremmet andres prostitusjon ved å foreta seg de handlingene som ble gjort, eller som ble unnlatt å gjøre, for å kunne straffes. Eventuelt må personen ha holdt det for mulig at han eller hun fremmet andres prostitusjon, og likevel bestemt seg for å gjennomføre handlingen selv om følgen ville inntre, ved positivt å ha godtatt følgen i sin bevissthet.

For handlinger som kommer inn under gjerningsalternativet i bokstav b, «leier ut lokaler», er det derimot uttrykkelig bestemt at skyldkravet er at man «forstår» at lokalene skal brukes til prostitusjon eller utviser «grov uaktsomhet» i så måte. Dette innebærer at det kreves forsett eller grov uaktsomhet for å kunne straffes for disse handlingene.

Tidligere rammet utleiebestemmelsen bare den forsettlige handling. På grunn av strafferettens strenge beviskrav ble det imidlertid vanskelig å bevise at utleiere handlet med forsett med tanke på forståelsen av at lokalene skulle brukes til prostitusjon, spesielt i de saker der utleiere har såkalt skjult forsett. Å bevise at en person «forstår» noe, er gjennomgående særlig vanskelig, ettersom dette i stor grad dreier seg om å bevise noe som ikke er gjenstand for direkte iakttagelser. Som følge av dette ble bestemmelsen sjelden brukt. Ved en lovendring i 1995 ble det derfor besluttet å effektivisere forbudet mot å leie ut lokaler til prostitusjon, ved å utvide straffansvaret til også å omfatte den uaktsomme handling.¹⁴⁸

I forkant av denne lovendringen ble det diskutert om det var den simple eller den grovt uaktsomme handlingen som skulle rammes av skyldkravet. På de ene siden talte effektivitets hensyn for simpel uaktsomhet, men på den andre siden ble det påpekt at dersom det ble oppstilt for strenge krav til utleieren i slike saker kunne dette føre til at det ble komplisert å leie ut

¹⁴⁷ Om denne skyldformen viser jeg til punkt 3.1.4.1 i oppgaven

¹⁴⁸ Ot.prp.nr. 4 (1994-1995) s. 8

lokaler og at utleierne ble for forsiktige med å leie ut lokaler. Dette kunne da ramme potensielle leietakere som hadde til hensikt å drive virksomhet som det ikke var noen grunn til å hindre. Det ble derfor besluttet at det bare var den grove uaktsomhet som skulle rammes av bestemmelsen.

Straffeloven inneholder ingen definisjon av begrepene «uaktsomhet» eller «grov uaktsomhet». Etter en naturlig språklig forståelse foreligger imidlertid uaktsomhet når noen opptrer uforsiktig. Dette stemmer godt overens med gjeldende rett. Uaktsomhet foreligger i tilfeller der handlingen fraviker de krav som stilles til forsvarlig opptreden på området.¹⁴⁹ Handlingen må ut fra denne beskrivelsen sammenlignes med en objektiv norm for forsvarlig opptreden. Denne normen må trekkes særskilt for det enkelte livsområde, og det vil blant annet ha betydning om det aktuelle livsområde er regulert av lov eller forskrift, handlingens alvorlighetsgrad, hvilke interesser som er truet, hvor stor sannsynligheten det er for at handlingen får det resultat som straffebudet beskriver, og hvilke muligheter en person har til å områ seg ut fra forholdene på gjerningsstedet og den til som er til disposisjon.¹⁵⁰ Vurderingen av om handlingen fraviker fra den forsvarlige opptreden som er fastlagt, skal være objektiv, og ta utgangspunkt i hva en alminnelig fornuftig og samvittighetsfull person ville ha gjort i en tilsvarende situasjon.¹⁵¹

For at det skal foreligge uaktsomhet stilles det i tillegg krav til bebreidelse.¹⁵² Den som ut i fra sine egne forutsetninger har gjort så godt han eller hun har kunnet, har normalt ikke utvist uaktsomhet, selv om handlingen objektivt sett strider mot hva som anses som forsvarlig opptreden.¹⁵³ En må derfor ved bedømmelsen av om en person har handlet uaktsomhet, ta hensyn til vedkommendes kunnskaper, intelligens og erfaring. Dersom en person, til tross for manglende innsikt eller erfaringer på et område, ikke har tatt hensyn til mangelen ved å være særlig aktpågivende, kan vedkommende derimot straffes for uaktsomhet.¹⁵⁴ Man tar altså utgangs-

¹⁴⁹ Andenæs (2010) s. 243

¹⁵⁰ NOU 1993:23 s. 120

¹⁵¹ NOU 1992:23 s. 119

¹⁵² Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 426

¹⁵³ NOU 1992:23 s. 119

¹⁵⁴ NOU 1992:23 s. 119

punkt i den handlendes individuelle forutsetninger, men stiller et objektivt krav til oppmerksomhet og omtanke.

For at uaktsomheten i tillegg skal være grov, må det etter en naturlig språklig forståelse dreie seg om handlinger som er enda mer uforsiktige enn ved simpel uaktsomhet. Den grunnleggende avgjørelsen om grov uaktsomhet har vært Rt. 1970 s. 1235, hvor det uttales at denne skyldformen forutsetter i strafferetten at det må «foreligge en kvalifisert klanderverdig oppførsel som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet».¹⁵⁵

Vurderingen av om en handling oppfyller disse vilkårene, skjer på prinsipielt sett samme måte som ved simpel uaktsomhet. Forskjellen ligger imidlertid i at det skal mer til for at vilkårene for grov uaktsomhet anses oppfylt, da det kreves et større avvik fra forsvarlig atferd og en mer kvalifisert form for bebreidelse enn ved simpel uaktsomhet. Det følger av forarbeidene til loven at den nærmere grensedragningen mellom simpel uaktsomhet og grov uaktsomhet, må overlates til praksis i tilknytning til de straffebud hvor uttrykkene anvendes.¹⁵⁶

I de aller fleste sakene fra praksis som har omhandlet utleie til prostitusjon, har det vært åpnebare tilfeller av forsett. Den nærmere grensedragningen for den grovt uaktsomme handling i straffeloven § 202 første ledd bokstav b, har derfor ikke vært drøftet i disse sakene. I lagmannsrettsdommen fra 2009, som er omtalt ovenfor i forbindelse med omfanget av utleieres handleplikt, drøftes imidlertid grensen for den grovt uaktsomme handling i forbindelse med utleievirksomhet.¹⁵⁷ Saken gjaldt utleie av seks bygårder der det foregikk prostitusjon over en lengre periode. Under behandlingen av saken ble bygårdene delt opp i grupper, samtidig som utleievirksomheten ble delt inn i flere tidsperioder. For tre av bygårdene, og for en av tidsperiodene, var det dissens blant dommerne i forbindelse med skyldspørsmålet om det var utvist grov uaktsomhet.

Flere beboere og naboer mente det foregikk prostitusjon i disse tre bygårdene, men lagmannsretten fant det uklart i hvilken grad dette ble formidlet til de to tiltalte. For den ene bygården

¹⁵⁵ Rt. 1970 s. 1235

¹⁵⁶ NOU 1993:23 s. 120

¹⁵⁷ LB-2009-171089. Se punkt 4.1.1.3 og note 133

klaget imidlertid styret i nabogården skriftlig til utleieren, og påpekte at det foregikk prostitusjonsvirksomhet i bygården. Den ene av de tiltalte var deretter innom gården ved flere anledninger på nattestid for å undersøke forholdene, uten å oppdage noe. Den andre av de tiltalte sendte mail til styret i nabogården og meddelte at man til tross for undersøkelser ikke hadde avdekket prostitusjonsvirksomhet i gården. Det ble i mailen samtidig bedt om tilbakemelding hvis noen fortsatt mente det var prostitusjonsvirksomhet i gården. Styret sendte ny mail etter at over et halvår var gått, og påpekte prostitusjonsvirksomheten på nytt.

Ut fra prinsippet om at all rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, fant lagmannsretten at hendelsene frem til den siste mailen ikke var tilstrekkelig til å kunne konstatere forsett. Mindretallet mente imidlertid at den ene av de tiltalte utviste grov uaktsomhet for denne perioden, og pekte på at utleieren var en profesjonell gårdseier og at det dermed må oppstilles en strengere aktsomhetsnorm for ham, enn for utleiere som leier ut leiligheter mer sporadisk. I tillegg ble det påpekt fra mindretallet at utleieren leide ut leiligheter til sosialklienter, rusmisbrukere og andre mindre ressurssterke personer, og at dette er forhold som medfører større risiko for at det kan forekomme prostitusjon fra leilighetene. På denne bakgrunn mente mindretallet at utleieren må følge nøyer med på hvordan leilighetene blir benyttet. Flertallet av dommerne mente derimot at det ikke kunne legges til grunn at de tiltalte hadde utvist grov uaktsomhet. I den forbindelse uttalte flertallet at det rettslig sett skal mye til før noe kan betegnes som grovt uaktsomt, og mente at den informasjonen de tiltalte hadde fått om mulig prostitusjonsvirksomhet i gårdene, ikke var så klar og veldokumentert, at det forelå grov uaktsomhet.

Det fremgår etter dette at et hotell må ha handlet forsettlig eller grovt uaktsomt for å kunne bli straffet etter bestemmelsen. Hva som anses som grovt uaktsomt må avgjøres konkret ut fra hvor stort avviket er mellom den utviste handling og den forsvarlige atferd på området, og hvor sterke bebreidelser det foreligger. Den ansvarlige må derfor ha opptrådt med den nødvendige objektive og subjektive skyld, slik at handlingen samlet sett anses så straffverdig at den kan betegnes som grov uaktsom.

4.2 Oppsummering

Enkelte handlinger eller avtaler anses av lovgiver som så skadelige eller uønskede at de er forbudt ved lov. Forbudet mot å leie ut lokaler som skal brukes til prostitusjon i straffeloven §

202 første ledd bokstav b, er et eksempel på dette. Denne bestemmelsen kan medføre kontraheringsforbud for hoteller som leier ut rom til prostituerte gjester.

For at et hotell skal kunne straffes etter bestemmelsen, er det et vilkår om prostitusjonsvirksomhet i tilknytning til utleierommet. Dette kan forklares med at det ikke er de prostituerte gjestene som gjør forholdet forbudt, men den prostituerte virksomheten. Det er i tillegg mange prostituerte gjester som bor et sted, men som jobber fra et annet sted. Bestemmelsen medfører derfor ikke en plikt for hoteller til å nekte prostituerte gjester overnatting, dersom det ikke skal foregå prostitusjon fra rommet.

Etter bestemmelsen vil det derimot være straffbart for et hotell å forholde seg passivt, når de som handler på hotellets vegne underveis i et leieforhold forstår at et rom brukes til prostitusjon, eller utviser grov uaktsomhet i så måte. I disse tilfeller vil hotellet ha en plikt til å bringe det straffbare forhold til opphør. Denne handleplikten innebærer imidlertid ikke at et hotell pålegges en rettslig plikt til å nekte de prostituerte gjestene overnatting, dersom det på annen måte kan sørges for at prostitusjonsvirksomheten opphører.

5 Konklusjon og avsluttende kommentar

I denne avhandlingen har jeg tatt for meg temaet om hotellets utfordring når prostituerte gjester ønsker overnatting. I den anledning har jeg drøftet to relevante problemsstillinger, nemlig hvilken rett et hotell har til å nekte prostituerte gjester overnatting og hvilken plikt et hotell har til å nekte prostituerte gjester overnatting.

Jeg har kommet til at hoteller har rett til å nekte prostituerte gjester overnatting i kraft av det ulovfestede kontraheringsfrihetsprinsippet, som blant annet innebærer at man har frihet til å velge om man vil inngå avtale med en person eller ikke. Det har imidlertid vist seg at det i praksis ofte kan være vanskelig for hoteller å nekte prostituerte gjester overnatting, ettersom dette ofte innebærer usaklig forskjellsbehandling av kvinner og/eller personer med en annen etnisitet. Forskjellsbehandling som skjer på grunnlag kjønn og/eller etnisitet er forbudt etter den sivilrettslige diskrimineringslovgivningen, mens forskjellsbehandling som skjer på grunnlag av etnisitet er forbudt etter straffeloven.

Jeg har også kommet til at et hotell ikke har plikt til å nekte prostituerte gjester overnatting. Dette følger av at det ikke foreligger kontraheringsforbud for akkurat denne handlingen, og at et hotell i kraft av det ulovfestede kontraheringsfrihetsprinsippet derfor har frihet til å inngå de avtaler det måtte ønske. Etter straffeloven vil det derimot være forbudt for et hotell å leie ut overnatting til prostituerte gjester, dersom de ansvarlige forstår av at rommet skal benyttes til prostitusjon eller at det utvises grov uaktsomhet i så måte. Dersom hotellet sørger for at det straffbare forhold opphører, vil det derimot ikke være straffbart å leie ut rom til de prostituerte gjestene.

Avhandlingen har etter dette vist at det i enkelte tilfeller kan være utfordrende for et hotell når prostituerte gjester ønsker overnatting, ettersom kontraheringsplikten og kontraheringsforbudet i slike tilfeller i realiteten kan stå i et spenningsforhold med hverandre. Når det kommer gjester som ønsker overnatting, men som hotellet mistenker kan være prostituerte, har hotellet et vanskelig valg. Enten må hotellet nekte personen overnatting. I dette tilfellet vil hotellet ikke kunne risikere halliktiltale. På den andre siden kan dette føre til at personen har blitt usaklig forskjellsbehandlet på grunn av et forbudt diskrimineringsgrunnlag. Hotellet må da kunne sannsynliggjøre at dette ikke har vært tilfellet, ellers vil hotellet risikere å bli straffet for diskriminering. Det andre handlingsalternativet et hotell har er å tillate personen overnat-

ting. I dette tilfellet vil hotellet ikke kunne risikere straff for diskriminering. På den andre side krever dette at hotellet opptrer aktsomt for ikke å kunne bli dømt for hallikvirksomhet, dersom det viser seg at det foregår prostitusjon fra det utleide rommet. Ettersom hotellet allerede mis-tenker at personen er prostituert, kan dette skjerpe aktsomhetskravet. Dette krever både tid og ressurser fra et hotell å overholde.

6 Litteraturliste

6.1 Lover

1902	Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
1918	Lov om avslutninger av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai nr. 4
2005	Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og Diskrimineringsnemda (diskrimineringsombudsloven) av 10. juni 2005 nr. 40
2013	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering) av 21. juni 2013 nr. 58
2013	Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 21. juni 2013 nr. 59
2013	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet) av 21. juni 2013 nr. 60
2013	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) av 21. juni 2005 nr. 61

6.2 Forarbeider/etterarbeider

NOU 1992: 23	Ny straffelov
NOU 1997:23	Seksuallovbrudd
NOU 2000:23	Forsikringsselskapers innhenting, bruk og lagring av helseopplysninger
NOU 2005:8	Likeverd og tilgjengelighet
NOU 2009:14	Et helhetlig diskrimineringsvern
Ot.prp.nr. 48 (1969-1970)	Om endringer i den alminnelige borgerlige straffelov (forbud mot rasediskriminering m.m)
Ot.prp.nr. 29 (1980-1981)	Om lov om endringer i straffeloven (forbud mot diskriminering av homofile)
Ot.prp.nr. 27 (1990-1991)	Om lov om endringer i straffeloven (straffansvar for foretak)
Ot.prp.nr. 4 (1994-1995)	Om lov om endringer i straffeloven m.m.

Ot.prp.nr. 28 (1999-2000)	Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)
Ot.prp.nr. 77 (2000-2001)	Om lov om endring i likestillingsloven mv.
Ot.prp.nr. 62 (2002-2003)	Om lov om endringer i straffeloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff)
Ot.prp.nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Ot.prp.nr. 33 (2004-2005)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)
Ot.prp.nr. 34 (2004-2005)	Om lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemda (diskrimineringsombudslov)
Ot.prp.nr. 35 (2004-2005)	Om lov om endringer i likestillingsloven mv.
Ot.prp.nr. 44 (2007-2008)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
Ot.prp.nr. 48 (2007-2008)	Om lov om endringer i straffeloven mv. (kriminalisering av kjøp av seksuell omgang eller handling mv.)
Prop.88 L (2012-2013)	Diskrimineringslovgivning
Innst.O.nr. 56 (2007-2008)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler m.m.
Innst.O.nr. 34 (1994-1995)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.m.
Innst.fra strl.rådet (1960)	Innstilling fra Straffelovrådet av 17. mars 1960 om revisjon av straffelovens bestemmelser om forbrytelser mot sedeligheten
Tolkningsuttalelse (2004)	Justisdepartementets tolkningsuttalelse (2004) nr. 200408060. <i>Spørsmål om forsikringsselskapenes kontraheringsplikt.</i> 29.november 2004

6.3 Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1970 s. 1235

Rt. 1999 s. 1192

Rt. 2004 s. 331

Rt. 2006 s. 1685

Rt. 2012 s. 770

Rt. 2014 s. 36

Underrettene

LB. 2006 s. 6456

LB. 2009 s. 171089

Oslo byretts dom av 19. april 2001

6.4 Forvaltningspraksis

Nemda	Ombudet
Sak nr. 1/2008	Sak nr. 07/649
Sak nr. 18/2006	Sak nr. 08/190
Sak nr. 7/2007	Sak nr. 12/1855
Sak nr. 20/2009	
Sak nr. 15/2010	

6.5 Litteratur

Andenæs (2009)	Andenæs, Johs. <i>Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene</i> . 2. utg. ved Kjell H. Andorsen. Oslo, 2009
Andenæs (2010)	Andenæs, Johs. <i>Alminnelig strafferett</i> . 5. utg. 4. oppslag. ved Magnus Matningsdal og Georg Fr. Rieber-Mohn. Oslo, 2010
Andenæs (2012)	Andenæs, Johs. <i>Norsk straffeprosess</i> . 4. utg. 3. oppslag. ved Tor-Geir Myhrer. Oslo, 2012
Haaskjold (2013)	Haaskjold, Erlend. <i>Kontraktsforpliktelser</i> . 2. utg. Oslo, 2013
Hedlund (2008a)	Hedlund, Mary-Ann. <i>Bevisbyrde</i> . I: Diskriminerings- og likestillingsrett. Anne Hellum og Kirsten Ketcher (red.) 1. utg. Oslo, 2008
Hedlund (2008b)	Hedlund, Mary-Ann og Semner, Brit Djupvik. <i>Likestillings- og diskrimineringslovene</i> . Bind 1. Bergen, 2008
Hov (2002)	Hov, Jo. <i>Avtaleslutning og ugyldighet</i> . 3. utg. Oslo, 2002
Høigård (1986)	Høigård, Cecilie og Liv Finstad. <i>Bakgater: om prostitusjon, penger og kjærlighet</i> . 1. utg. Oslo, 1986
Jakkhelln (2007)	Jakkhelln, Henning. <i>Oversikt over arbeidsretten</i> . 4. utg. 2. oppslag. Oslo, 2007
Wilhelmsen (1995)	Wilhelmsen, Trine-Lise. <i>Forsikringsselskapenes kontraheringsplikt</i> . I: Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner (NEJEP) nr. 69. 1995

6.6 Andre kilder

Grimen (2013)	Grimen, Bjørn. <i>Hoteller kan bli anmeldt</i> . I: nrk.no/rogaland. 15. februar 2013. http://www.nrk.no/rogaland/1.10913825
---------------	--

- Opheim (2013) Opheim, Steffen. *Kjøper sex i julegave*. I: Bergensavisen. 2. januar 2013. <http://www.ba.no/nyheter/article6422664.ece>
- Parr (2007) Parr, Odd Steinar. *Kan en utleier nekte deg å fornye leiekontrakten uten grunn?* I: HegnarOnline. 6. november 2007. http://www.hegnar.personlig_okonomi/artikkel355428.ece
- Pro Senteret *Årsaker til prostitusjon – selgeren*. <http://prosentret.no/selgeren/>
- SNL (2014) Store norske leksikon. *Prostitusjon*. 2014. <http://snl.no/prostitusjon>
- Sørbo (2007) Karianne Sørbo [et al.] *Prostitusjon i Norge*. 2007. http://www.nikk.no/wpcontent/uploads/NIKKpub2007_prostitution_Norge1.pdf
- Fafo-rapport (2008) Fafo-rapport 2008:43 *Mangfoldig marked. Prostitusjonens omfang, innhold og organisering*. <http://www.fafo.no/pub/rapp/20085/20085.pdf>
- Civita-rapport (2014) Civita-rapport *Trenger vi en ny prostitusjonspolitikk?* Mars 2014. <http://www.civita.no/2014/03/13/ny-rapport-trenger-vi-en-ny-prostitusjonspolitikk>